طبع بأمر من صاحب الجلالة أمير المؤمنين الحسن الثاني نصره الله

المملكة المغربية
وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية

النوازل الجديدة الكبرى

فيما لأهل فاس وغيرهم من البدو والقرى

المسماة بـ

المعيار الجديد الجامع المعرب عن فتاوى المتأخرين من علماء المغرب

تأليف:
الشريف العلامة المدرس المفتي بفاس
أبي عيسى سيدي المهدي الوزاني
المتوفى عام 1342هـ

الجزء السابع

قابله وصححه على النسخة الأصلية

الأستاذ عمر بن عباد
خريج دار الحديث الحسنية

1419هـ - 1998م



بسم الله الرحمن الرحيم، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم.

أرقام الصفحات الأصلية في المخطوط

نـــوازل الإقـــرار[1]

ص 2

سئل القاضي أبو سالم الجلالي عن رجل أشهد في حال صحته وجواز أمره طائعا أن جميع ما اشتراه أو يشتريه من الأملاك فهو لولده فلان بماله الخاص به، لأن مالا كثيرا ثبت في ذمة هذا الرجل لابنه المذكور كما يجب، فلما توفي الأب نازعت الولدَ أختُهُ وزعمت أَنَّ فِعْلَ الوالد المذكور توليجٌ[2]، وزعم الأخ أن فعل والده صحيح لكون الإشهاد كان في صحته وجوازِ أمره وثبوتِ ماله في ذمته، فهل لهذه البنت شركة مع أخيها في الأملاك المشتراة أم لا؟

(1) عقد له الشيخ خليل بن إسحاق المالكي رحمه الله في مختصره بابا بدأه بقوله: «باب، يؤاخَذ المكلف بلا حَجر بإقراره لأهلٍ لم يُكذبه ولم يُتّهم.. الخ.

(2) كلمة التوليج كما سبقت الإشارة إليه في الهامش 5 من نوازل التصيير، صفحة 396 من الجزء (5) هو مصطلح فقهي يراد به العطية في صورة البيع، وهناك كلمة أخرى تذكر في هذا السياق، وهي كلمة المحاباة، وهي البيع للشيء بأقلّ من القيمة أو أكثر، لاعتبار يراعيه البائع.
وانظر الكلام عنهما وعن أحكامهما في بعض الكتب الفقهية مثل العقد المنظِم للحكام فيما يجري بين أيديهم من العقود والأحكام، لمؤلفه الشيخ الفقيه الإمام أبي محمد عبد الله بن عبد الله بن سلمون الكناني، وكشرح الشيخ الإمام أبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي، وشرح الإمام أبي عبد الله محمد التاودي على أرجوزة (تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام) لناظمها الإمام العلامة الشهير، الفقيه القاضي الجليل أبي بكر محمد بن عاصم الأندلسي الغرناطي رحمهم الله أجمعين، ونفع بعلمهم، آمين.
فقد أشار فيها إلى موضوع التوليج والمحاباة في فصل الإقرار من باب الرشد والأوصياء بقوله:

وبيعُ من حابى من المردود * إن ثبت التوليج بالشهود،

وكذلك قوله في فصل (مسائل من أحكام البيع):

وما اشترى المريضُ أو ما باعا * إن هو مات يابى الامتناعا
فإن يكن أُبى به فالأجنبي * من ثلثه يأخذ ما به حُبيْ
وما به الوارث حابى مُنعا * وإن يُجزه الوارثون اتُّبعا.

فأجاب: حيث ثبت المال في ذمة الأب وتقرر بوجه معروف فيختص الابن المذكور بمشتراه، ولا مقال للأخت ولا غيرها في ذلك، والسلام.

وأجاب ابن عرضون: أما صنيعُ هذا الرجل لولده فلم أر فيه ما يوجب تعقبا للأخت ولا لغيرها، بل ذلك كله للولد سالم. /هـ.

وسئلت عن رجل مات فاستظهر ثلاثة من أولاده أشقاءُ بأنه أقر في حياته مرارا أن الدار الفلانية والعرصة المتصلة بها لهم اشتراها لهم من مال والدتهم. إلخ، وأقاموا شهادة بعدلين أن الرجل المذكور كان يتصرف في جميع أصول والدتهم ويُدخل غلاتها في مصالح نفسه، وأنها كانت من الغنيات صاحبات الثروة والأموال الكثيرة الخ.

فأجبت: الحمد لله؛ إقرار الرجل بما ذكر حيث كان على الوجه المذكور فهو جائز بلا خلاف، لأن الإقرار في الصحة، إن عُلِمَ سببه كما هنا فهو ماض اتفاقا، وإلا ففيه قولان، المشهورُ منهما الصحة أيضا، وهو مذهب المدونة. **قال الزرقاني** على قول المختصر: «ومريضٍ إن ورثه ولد»[3] **ما نصه**: مفهوم قوله «مريض» أن إقرار الصحيح صحيح بلا شرط، وهو الموافق لما مَرَّ أن قوله «ولم يُتَّهَمْ» إنما يُعتَبَر عدم الاتهام في المريض والصحيح المحجور عليه، أي المفلس. **ولقول ابن عبد البر في الكافي**: وكل من أقر لوارث أو لغير وارث في صحته بشيء من المال أو الدين أو البراءات أو قبض أثمان المبيعات فإقراره عليه جائز

(3) العبارة جآت في أول باب الإقرار من المختصر، وفي سياق الأمثلة التي يؤاخَذُ فيها المكلَّف بإقرار فقال: «كالعبد في غير المال، وأخرسَ، ومريض إن ورث ولد».
والمعنى: «وكشخص مريض يواخذ بإقرار بمال ولو زاد على ثلث ماله إن ورث المريض ولدٌ، ذكر أو أنثى، أو ولد ابن، وكان إقراره لقريب أبعد من الولد، سواء استحق الولدُ جميع مال كابن، أو بعضه كبنت، أو لصديق ملاطف معامل له معاملة جميلة.
ومفهوم أبعد وملاطِف أنه إن أقَر لأجنبي غيرِ ملاطف فيواخذ بإقراره وإن لم يرثه ولد لعدم اتهامه».
ومفهوم قول المصنف هنا: «ولم يُتّهم» المقرُّ، أنه إن اتهم في إقراره بكذب لأكيد قرابة أو صداقة أو زوجية فلا يؤاخذ حينئذ، ويُنظر ذلك بتفصيل في الفقه ومؤلفاته الوفيرة.

ص 3 لا تلحقه فيه تهمة ولا يُظَنُّ فيه توليج، والأجنبيُّ والوارث في ذلك سواء، وكذا القريب والبعيد، والعدو والصّديق في الإقرار في الصحة سواء، ولا يحتاج من أقر على نفسه في الصحة ببيع شيء وقبْضِه ثمنَه إلى معاينة قبض الثمن / هـ.

وكتب المحشي بناني على قوله (أن إقرار الصحيح صحيح بلا شرط) الخ، ما نصُّهُ: هو كذلك، سواء أقر لمن عُلِم ميله إليه أم لا، وُرِثَ كلالةً أم لا، وسواءٌ قام المقَر له في الصحة أو في المرض أو بعد الموت. **ابن رشد**: وهذا هو المعلومُ من قول ابن القاسم وروايتِه عن مالك، المشهورُ في المذهب... إلى أن قال: ونحوُهُ لابن سلمون.

وحاصِلُه أنَّ الإقرار للوارث في الصحة إذا لم يَقُمْ به إلا بعد الموت، إن عُرِف وجهه فهو جائز اتفاقا، وإلا فقولان، المشهورُ –وهو رواية المصريين– الصحةُ، ومُقَابِلُهُ وهو قول المدنيين– عَدَمُ الصحة الخ.

وعليه فحيث ثبت بالبينة أن أم الأولاد كانت من أهل الغَنَاء واليسار، وأنَّ زوجها المذكور كان يتصرف في جميع أصولها ويُدخل ذلك في مصالح نفسه كان إقراره بشراء الدار والعرصة لأولادها صحيحا على ما دلت عليه هذه النصوص.

ولا يقال: محل هذا إذا أقر بشيء في ذمته أو بمعَيَّن لا يُعرَف ملْكه له، وإلاَّ فسبيله سبيل الهبة، كما نص عليه ابن رشد، ونقلَه غير واحد، وما هنا منه، لأنه أقر بمعَيَّن يُعرف ملكه له، فيجري على الهبة، إن حيزَ في حال الصحة مضى، وإلا فلا، لأنا نقول: محل كونه كالهبة ما لم يُعْلَمْ سبب الإقرار كما هنا، وإلا فلا يكون سبيلُهُ سبيل الهبة كما قاله الشيخ الرهوني وغيره، والله أعلم. قاله وكتبه المهدي الوزاني لطف الله به[4].

(4) فائدة: الإقرار والشهادة والدعوى أخبار، والفرق بينها أن الخبر إن كان حكمه قاصرا على قائله فهو الإقرار، وإلا فإن كان فيه نفع له فدعوى، وإلا فشهادة. =

وسئل أبو الحسن الصغير عمن أشهدَ أن لأمه قِبَلَهُ مائتي دينار، منها مائةٌ وستة وسبعون قبضها منها سلفا، ومنها مائة وخمسة وستون ثمن عِقد جوهر كان باعه لها بها فلزم ذمَّتَهُ، وذلك باقي العدة، وكُتب الرسم على هذا، فهل تُطالب تركته بالجملةَ المذكورة أوَّلاً فقط، أو تُطَالبُ بالتفسير وهو أكثر من الجملة، إذ جملة ذلك ثلاثمائة؛ واحد وأربعون.

فأجاب: العملُ على الجملة، والتفسيرُ غلطٌ، سِيَمَا وهو يقول: (وذلك تمام العدة)، قيل له: هَلاَّ كانت الجملة الأولى هي الغلط؟، قال: هذا بمنزلة من قال: تزوج فلان فلانة بمائة، منها ستون نقدا وستون كالئا، فالحكم للجملة، والتفسير غلط/هـ.

ص 4 **وسئل سيدي موسى الخطيب عن قول الزوج: كل ما تدعيه الزوجة فهو لها، وقد كان سئل القاضي الجلالي عنها وأجاب.**

فأجاب: لا عبرة بقول الزوج: كلُّ ما تدعي زوجتي فهو لها، فما كان بيدها مما يُعرف للنساء حلفت عليه وأخذتْه، وما يعرف للرجل لا شيء لها فيه سوى ميراثها. وأما إقراره لها بالدين في حال مرضه، فإن عُلم ميله لها بطل إقراره، وكذا إن جُهل مع وجُود الولد العاق، وكذا الحكم في إقراره لأولاده من غيرها، فإن ثبت لأمهم قِبَلَ والدهم ما أقر به قُبِلَ إقراره، وإلا فإن عُلم منهم العقوق لوالدهم صح إقراره لهم، وإلا فلا. والسلام/هـ.

= والكَلالة : تطلق على من تُوفي من رجل أو امرأة، ولم يترك ولدا ذكرا ولا أنثى، ولا أبا ولا أما، وقد جاء ذكرها في قول الله تعالى : ﴿ **وإن كان رجلٌ يورَث كلالة، أو امرأةٌ وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس...** ﴾. س. النساء، 12. وقوله سبحانه : ﴿ **يستفتونك، قل الله يُفتيكم في الكَلالة... إلخ** ﴾. س. النساء، 176.

والمراد بالأخ والأخت في الآية الأولى، الإخوة من الأم للهالك المتوفَّى.

وقد نظم بعضهم معناها بقوله :

ويسألونك عن الكَلالة .·. هي انقطاعُ النسْل لا محالةْ

لا والدٌ يبقَى ولا مولودُ .·. إنقطع الآباء والجـدود

مسألة : في مجالس المكناسي ما نصه :

ولو أقر شخص لشخص بشيء في يد المقر وقال في إقراره : هو مالٌ وملْكٌ للمقَرِّ له، وقد كان معروف الملك للمقر، **قال ابن الحاج** : هو كالهبة، إن قام في صحة المقر أخَذه، وإن قام في مرضه أو بعد موته لا يمكَّن منه ويصير ميراثا **إلى أن قال عن العتبية :**

وسئل رجل عن إسكان منزل له فيقول : لا أقدر على ذلك ، هو لامرأتي ، وشُهد عليه بذلك ، فتقوم امرأته مطالبة له ذلك المنزل بهذا الإقرار، فيقول المقر: إنما ذلك تَنَحِّيًا، وشُهد عليه بذلك، أترى أن المنزل لها بذلك؟، فقال مالك: ما أرى المنزل لها بهذا الإقرار على وجه العطية، والناس يتحيلون بمثل هذا. **قال ابن رشد** : إنما هذا إذا عُرف أصلُ المنْزِل له، وأما إذا لم يُعرف له فإقراره به للمقَرِّ له ثابتٌ.

ثم قال : - **نقلا عن المقرَّب لابن هشام ما نصه** : وفي الكافي لابن عبد البر- فيمن سئل عن شيء فقال: هو لفلان - : لم يلزمه بهذا الإقرار شيء، بخلاف ما إذا قال: بعته من فلان، أو وهبتُهُ لفلان، فإن ذلك لازم.

قلت : وهذا بخلاف ما تقدم لنا عن ابن الحاج أنه كالهبة، وإن لم يصرح بها، وبخلاف ما تقدم لنا عن ابن رشد / هـ.

قلت : لا مخالفة بين كلام ابن عبد البر وكلامهما ، لأن موضوع كلامه أن المقر ادَّعَى الاعتذار، وموضوعُ كلامهما إذا لم يدَّع اعتذارا، وحيث اختلَفَ موضوعهما فلا يقال: بينهما خلاف، تأمَّلْهُ ؛ ويدُلُّ لما قلناه قولُ ابن رشد عقب ما نقله عنه ما نصه: وإن كان إقراره من غير اعتذار فيُحمل مَحْمِلَ الهبة والصدقة / هـ، فهو صريح فيما قلناه، والله أعلم.

وأجبت عن مسألة بما نصه :

الحمد لله ؛ حيث أقر فلان أعلاه -وهو بالغ عاقل- بأنه تشاجَرَ مع فلان وقتله فإنه يواخذ بإقراره ويُقتل فيه بعد الإعذار إليه، إذ لا خلاف بين

الأئمة أن المكلَّف يؤاخذ بإقراره طائعا، لا بالنسبة إلى المال ولا بالنسبة إلى الدم، وهذا أمر لا نزاع فيه بين الأئمة قال في المختصر: «يؤاخَذُ المكلَّف بلا حَجْرٍ بإقراره»(5) أيْ سواء كان الإقرار في البدن أو في المال كما في المواق عن ابن شاسٍ. **وقال في الرسالة**(*) : ولا تُقْتل نفسٌ بنفسٍ إلا ببينة عادلةٍ أو اعتراف... الخ، ومثله قول التحفة:

القتل عمداً للقصاص موجِب * بعد ثبوتِه بما يستوجب
من اعتراف ذي بلوغ عاقل * أو شاهدي عدل بقتل القاتل

ونصوص الأئمة بهذا المعنى الذي هو ثبوت القصاص باعتراف القاتل أو بالبينة كثيرة، وفيما ذكرنا منها كفاية، وهذا القاتل هنا قد ثبت عليه القتل بالإقرار كما تلقَّاه منه اللفيف وببَيِّنَة العدول كما بيد حامله، وهي قطعية وإن صُدِّرت بالسماع، لأن محل كون المصَدَّرة بالسماع سماعيةً إن لم يكن في علم الشهود ما شهدوا به كما هنا، والله أعلم، قاله وكتبه المهدي الوزاني لطف الله به.

وسئلت أيضا عمن ادَّعى بدين على رجل، فأجابه وكيلُهُ بأنه قد كان تبارأ مع موكله فيما مضى في جميعه حسبما بيده قبل تاريخه، فلما طلبه بإحضار الإبراء امتنع من إظهاره، فهل يَلزم مُوكِّلَهُ ما ادَّعَى به المدعي أو لا؟... الخ.

فأجبت : **الحمد لله**؛ حيث أجاب وكيل المدعَى عليه بأنه وقع الإبراء من الشيء المدعَى به، وأن الإبراء تحت يده الخ، فيلزَمُهُ إظهارُ الإبراء المقر به، فإن لم يُظهره لزمه أداءُ ما ادعى به المدعي ولا إشكالَ، لأن ما قاله هذا الوكيل إقرارٌ بالحق المدعَى به، إذ الإبراء فرع عن ثبوته، بحيث لو لم يكن الحق ثابتا

(5) تقدمت العبارة في أول الباب في الهامش رقم 1، فليرجع إلى تفصيلها في شروح المختصر.

(*) أي رسالة الشيخ ابن أبي زيد القيرواني رحمه الله تعالى، حيث صارت كلمة الرسالة عند ذكرها هنا في كتب الفقه المالكي ونوازله عَلَما عليها بالغلبة. والعبارة جاء ذكرها في أول باب أحكام الدماء والحدود.

في الذمة لم يتصَور الإبراء منه، فلا يكون الإبراء إلا من الحق الثابت. أما لزوم إقرار الوكيل لموكله فظاهرٌ لا يُحتاج إليه، وكُتُبُ الفقه مشحونة به.

قال الفشتالي في وثائقه: ويَلزَم الموكِّلَ ما قاله عنه وكيلُهُ من إقرار أو إنكار، وهذا قوله في الوثائق المجموعة، وظاهِرُهُ سواء كان ذلك فيما قبْلَ توكيله أو بعده. **وقال غيره**: إذا قال الوكيل عن الذي وكَّله: إنه قبض المال لزم الموكلَ ذلك وسقط عن خصمه، لأنه بمنزلة إقراره، وذلك فيما كان بعد توكيله، فأما إذا قال: كان ذلك قبل توكيله لم يُقبل قوله ولا جازت شهادته / هـ. **ونقله الشيخ ميارة، وزاد ما نصُّهُ**: ولاشك أن ظَاهرَ إطلاقاتهم قَبُولُ إقراره مطلقا قبل التوكيل وبعده /هـ. **وقال ابن عبد السلام بناني**: المشهورُ اللزوم مطلقا فيما قبل التوكيل أو بعده كما هو مقتضى اطلاقاتهم / هـ.

وأما كون الإبراء من صيغ الإقرار فهو قول المختصر في بيان صيغ الإقرار ما نصه: «بعَلَيَّ أو في ذمتي، إلى قوله أو وهبتَهُ لي أو بعته أو وفيته...»(6)، الخ. **قال الزرقاني**: لو ادَّعى عليه شخص بحق فقال المدعى عليه: وهبتَهُ لي أو بعتَه فإقرارٌ من المدعى عليه، وعليه أن يثبت البيع أو الهبة، أو ادعى عليه بحق فقال: وفَّيتُهُ لك الخ. فقوله: (وفيته لك، معناه أديته لك، فهو في معنى الإبراء منه.

ص 6

وقال أبو علي بن رحال في شرح المختصر: المذهب أن المدعى عليه يلزمُهُ الغُرم، شهد عليه أم لا، لإقراره. لأن قوله (قد وفَّيتُهُ حقه، لازِمُهُ أنه أقر

(6) العبارة في أول باب الإقرار، وفي بيان صيغته الصريحة كما قال الشيخ الوزاني رحمه الله، وذلك بأن يقول المقر: عليَّ لفلان كذا، أو في ذمتي أو عندي كذا لفلان، أو أخذت منك كذا، ولو زاد المقر قوله إن شاء الله، لأن الاستثناء بالمشيئة لا يفيد في غير اليمين، وكذا لو قال المقر للمدعي، بعتَه أو وهبْتَه لي، أو وفيتُه لك، فكل ذلك إقرار، ودعوى الهبة أو البيع أو التوفية لا تثبت إلا ببينة أو إقرار من المدعي.

بأصل الدين، والمسألة مذكورة في باب الإقرار، وهي قول المختصر: «أو وفيته» وإن كان مُضَمَّنُ الإقرار هل هو إقرار أو لا؟ الخلاف فيه معلوم الخ.

ومثله قول ابن عبد السلام بناني: لا إن زعم قضاءه، لأن دعوى القضاء تتضمن الإقرار بالحق، ومَن هذا حالُه يلزمُهُ ما أقر به، ولا يُقبل منه أنه ودى.. الخ.

ومثلُهُ في الزرقاني وغيرِه، وسلَّمه محشياه.

وحاصله أن كل من ادُّعِيَ عليه بمال فأجاب بأنه قضاه أو وفَّاه أو تبارأ فيه أو ما أشبه ذلك فعليه البينة بما قال، وإلاَّ لزمه غُرمه، والله أعلم، قاله وكتبه المهدي الوزاني لطف الله به.

وسئل العلامة أبو العباس الونشريسي عن رجل له امرأة تغلبه غاية، وتتصرف في أملاكه كيف شاءت ولا يقدر أن يعصيها في شيء تريده، نزل به في آخر عمره ما ألزمه الدارَ وليس له ولد، وكان له ابن عم وبينهما عداوة، فلما رأت من حاله ما رَأت طلبت منه أن يشهد لها بصداقها وغيره، فأتت له بجماعة فأشهد لها بصداقها؛ نقده وكالئه، وأن النقد صار في ذمته بعد ما قبضته، وأن لها عليه دَينا آخر، وأنها كانت تشتري الأملاك بدراهمها، وأقر لها بقطيفة وحمار وسائر أثاث الدار، ولا تُعْرَف بتكسب ولا أنها ورثت أحدا من أقاربها ولا جرَى لها سبب يقتضي أن يكون لها هذا المال، فصَيَّرَ لها فيه أملاكه، فلما ماتَ قام عليها ابن عمه في ذلك مدعيا بالعداوة، مريدا نقض هذا التصيير، فما الحكم في ذلك؟.

فأجاب : ما صيره الزوج المذكور لزوجه المذكورة من الأملاك عن الإقرارات بالديون المذكورة وحازتْها في صحته وقيام وجهه ماض نافذ، لأن قُصَارى أمر الزوج في هذه الإقرارات أن يُحمل مَحملَ الهبات، وقد تمت بشرطها الذي هو الحوز في الصحة، وقيامُ الوجه، وما اشترته من الأرض ص 7

والجنات وأقَرَّ الزوجُ أنها اشترته بمالها الخاص بها والخالصِ لها إقرار صحيح عاملٌ، ولو لم يقر لها بأنها اشترته لنفسها لكان الحكم يوجبه، لأن الأصل في تصرف الإنسان أنه لنفسه دون مواليه، وكونها لا تُعرف بكسب ولا فائدةٍ ليس بالذي يوجب أن يكون ما اشترته للزوج المعروف بالملاء والوفر، لأن خزائن الله تعالى واسعة. وإقرارُه لها بالحمار والقطيفة والأثاث، إن كان جميع ذلك مما يُعرف ملكه له فإنه يجري مجرى الهبة ويُحمَل مَحْملَها ويُحكم له بحكمها، فإن حازتهُ في صحة المقر وبانت به جاز ومضى، ولا حجة عليها لأحد كائنا من كان، وإن لم تحزه كان موروثا على فرائض الله تعالى، والله أعلم / هـ.

قلت: **قوله**: (وكونُها لا تعرف بكسب إلى قوله لأن خزائن الله تعالى واسعة) الخ، ظاهرٌ، وبه يبطُلُ قول التسولي في شرح التحفة: وهذا كله إذا كان المقَرُّ له ممن يُشْبهُ أن يملك مثلَ المقَرِّ به لكونه معروفا بالتكسب أو الإرث من أمه ونحو ذلك، فإن كان ممن لا يشبه أن يكون تكَسَّبَ أو ورث مثل هذا المال المقر به، بل ما أقر به أكثرُ مما يُشْبه تكسبه أو إرثه، أو كان لا يُعرف بتكسب ولا إرثٍ أصلا، فلا يُعمل بذلك الإقرار.

قال أبو الفضل البرزلي في نوازل البيوع من ديوانه ما نصه:

إقرار الأُم بدَين للابنة في صحتها نافذ، إلا أن تكون البنتُ غير معروفة بتكسب ولا فائد من ميراثٍ أو غيره، فإقرارها حينئذ بما لا يُشبه أن يكون لها مَحْضُ توليجٍ / هـ

قلت: ولذلك قالوا: إذا ادعت المرأة من متاع البيت ما شأنُهُ أن يكون للنساء ما لا يُشْبه أن تَملكه لضَعف حالها وقلة صداقها وعدَم معرفتها بالتكسب لا يكون لها منه إلاَّ قدْرُ صداقها، فكذلك هذا لا يكون منه إلاَّ قدر تكسبه أو إرثه. / هـ كلام التسولي.

فقد علمت أن هذا الكلام كله حائد عن الطريق الجادة، لأنه حصر الرزق في الإرث والتكسب، وليس بصواب، والله أعلم.

وسئل ابن رشد عن رجل أصابه مرض وله مال وبنون ولم تكن له امرأة، فأوى إلى أكبر بنيه وأشهدَ على نفسه قبل موته بأعوام أن لابنه الذي يأويه عليه دَينا وصيَّر له في ذلك أملاكا واعتمر الابن الاملاكَ.

فأجاب: إن كان الأب صحيحا يومَ أشهدَ لا مرض به إلا الضَّعفُ من الكِبَر فيصح للابن جميعُ ما أشهد له به / هـ.

ص 8 **وفي نوازل الشريف العلمي ما نصه**:

وأجاب سيدي العربي الفاسي عما يُفهَمُ من الجواب، ونصُّهُ:

الحمد لله؛ إقرار الزوج في صحته لزوجته نافذ. ابن رشد: هذا هو المعلوم من قول ابن القاسم وروايته عن مالك، وهو المشهور في المذهب.

وقال المتيطي: هو المشهور الذي عليه العمل. وما ذُكر من البغض بين الزوجين مُقَوٍّ لذلك جدا، فإنه معتبَر مع الإقرار في المرض، فكيف مع الإقرار في الصحة، وعليه قولُ الشيخ خليل: «كزوج عُلِمَ بُغْضُهُ لها»(7)، أي فيصحُّ إقراره لها في مرضه، والله أعلم.

قلت: الإقرار في الصحة ماض للزوجة وغيرها من الورثة، وكذا للأجنبي.

قال ابن حارث: كل من أقر في صحته بدين فإنه يلزمُهُ إقراره، كان المقرُّ له أجنبيا أو وارثا.

(7) وذلك في أول باب الإقرار.
والتشبيه في المؤاخذة بالإقرار، كإقرار زوج لزوجته، وقد عُلم بُغضه له وثبت، فيواخذ بإقراره لها وإن لم يرثه ابن، وكذا إن جُهل حاله معها وقد ورثه ابنٌ أو بنون، فيواخذ به.

وقال **أبو عمر بن عبد البر**: كل من أقر لوارث أو لغير وارث في صحته بشيء من المال أو من الديون أو من البراءات أو قبض أثمان المبيعات فإقراره جائز عليه، والأجنبي والوارث في ذلك سواء.

وفي **العُتبية**: وسألته عن الرجل يقر لولده أو لامرأته أو لبعض مَن يرثه بدين في الصحة، ثم يموت الرجل بعد سنين فيطْلُبُ الوارث الذي أقر له به، **قال**: له ذلك إذا أقر به في الصحة، امرأةً كانت أو ولدا، فما أقر له به في الصحة فذلك له. **قال القاضي ابن رشد**: هذا هو المعلوم من قول ابن القاسم وروايته عن مالك، وهو المشهور في المذهب.

ووقع **في المبسوط** لابن كنانة والمخزومي وابن أبي حازم وابن أبي مَسْلمة أنه لا شيء له وإن أقر له في صحته إذا لم يقم عليه بذلك حتى هلك، إلا أن يُعرف لذلك سبب، مثل أن يكون باعَ له شيئا، أو يكونَ أخذ له من موروث أمه شيئا، وهو قول له وجه من النظر، لأن الرجل يُتَّهَمُ أن يقر بدين في صِحته لمن لا يقوم عليه حتى يموت فيكون وصية لوارث / هـ من المعيار.

وفي **المواق**: أُنظُرْ إذا أقر في صحته لولده أو لامرأته ومات بعد سنين؛ **قال ابن رشد**: المعلوم من قول ابن القاسم ومالك، المشهور في المذهب أن الإقرار ثابت، وعن ابن كنانة والمخزومي وابن أبي حازم وابن أبي مَسْلمة أنه يُتَهَمُ أن يقر بدين في صحته لمن يثق به من ورثته على أن لا يقوم عليه حتى يموت فيكون وصية لوارث، إلا أن يُعرف لذلك سبب عسى أن يكون باع له رأسا أو أخذ من ميراث أمه شيئا / هـ.

قلت: **وفي نوازل ابن الحاج**: من أقر لرجل بشيء فهو كالهبة، إن لم يقبضه حتى مات بطل، أنظر المواق. **وقال الحطاب عن ابن رشد**: إقرار الرجل في صحته أو في مرضِه بما يُعْرَفُ مِلكه له من شيء بعينه أنه لفلان، وفلانٌ ص 9

وارث أو غيرُ وارثٍ، يجري مَجْرى الهبة والصدقة، إن حاز ذلك المقَرُّ له في صحة المقِر جاز، وإلاَّ لم يَجُز / هـ.

وفي المعيار: سئل ابن لُبابة عَمن يقول: هذه القرية التي أعتمِرُ، لزوجتي.

فأجاب: إن كانتْ القرية معلومة الأصل للزوج فإنه يُحْمَلُ مَحْمِل الصدقة فيما حازت وفيما لم تَحز، وإن كان لا يُعرف الملك لمن هو وكان مجهولا فهو للمرأة، يُعَدُّ من الرجل إقراراً بحقها، والله أعلم / هـ. وتقدم مثله عن ابن رشد.

قلت: نقل الشيخ الرهوني في حواشيه عن المواق ما نصه:

في نوازل ابن الحاج: من أقر لرجل بشيء فهو كالهبة، إن لم يقبضه حتى مات بطل / هـ.

ونقل الحطاب كلام ابن الحاج هذا عند قول المصنف: « لا المساوي والأقرب »، [8] ولم يقيده بشيء، لاكن نقل هنا عن ابن رشد تقييد ذلك بما إذا أقر بمَا عُرِف مِلْكُهُ له، ولم ينبه على المعارضة بينهما.

ولما نقل العلامة ابنُ هلال في نوازل الإقرار من الدر النثير كلام ابن رشد نقلَ بعده كلام ابن الحاج هذا وقال عقبه: قلت: لعله عُرِف مِلكه له فلا يكون مخالفا لابن رشد / هـ.

قلت: وما قاله ظاهر، فإن إبقاء كلام ابن الحاج على ظاهره يوجب مخالفته لكلام المتقدمين والمتأخرين، وبه تَعلم ما في اقتصار المواق عليه من غير تقييد له، والله أعلم / هـ .

---

(8) وذلك في أول باب الإقرار، وفي سياق ما لا يصح فيه الإقرار.
أي لا يصحّ إقرار المقر إلى قريبه المساوي لغيره من أقاربه الذين لم يقر لهم بشيء، ولا إلى قريبه الأقرب ممن لم يقر له كإقراره لأمه مع وجود أخته. قال ابن رشد: إن أقر لوارث، قُرْبُهُ منه كسائر الورثة أو أقربُ من سائرهم سقط (أي الإقرارُ).

وقال أيضا على قول ابن رشد المتقدم: **(هذا هو المعلوم من قول ابن القاسم وروايته عن مالك الخ) ما نصُّه**: يريد إذا كان المقَرُّ به في الذمة أو معيَّنا لا يُعْرَف مِلكه له، وإلا فسبيلُهُ سبيلُ الهبة كما صرح به ابن رشد نفسُهُ، خلافا لبعض المعاصرين أن كلام ابن رشد هذا على إطلاقه، **فإنَّ ابن رشد نفسه قد قال** في آخر رسم الوصايا الأول - من سماع أشهب من كتاب الوصايا - **ما نصه**: إقرار الرجل في صحته أو في مَرَضه بما يُعرف ملكه له من شيء بعينه أنه لفلان، وفلانٌ وارثٌ أو غير وارث، يجري مجرى الهبة والصدقة، ويُحْمَلُ مَحملَها، إن حاز ذلك المقَر له في صحة المقر جاز له، وإلا لم يجز، هذا مما لا اختلاف فيه أحفظه، إلا أن يكون إقراره بذلك على سبيل الاعتذار فلا يلزمه /هـ. **وقد تلقاه الأئمة بالقبول**، فكلامه يقَيِّدُ بعضه بعضا ليسلَمَ من التناقض. وقد ذكره أبو الفضل العقباني في جواب له مذكور في الدرر المكنونة فقْهًا مُسَلَّمًا، وكذا الحطاب. أُنْظُرْه، وكذا سلَّمَهُ الحافظ الونشريسي في نوازل الإقرار، قِفْ عليه.

ص 10

وسئل الشيخ ميارة عن رجل له أخت متزوجة بدار زوجها، ولها معه مُورَث من متخلَّف أبيهما من أصول كثيرة الخراج من الغَلاَّت وغيرها، وتَركَةٌ من بقرٍ وغيره، فطلبها أخوها في التمتيع فيما لها عنده من غلة الأصول فأمتعته، وبقيت سنين وماتت، وأمتَعَهُ ورثتها كذلك إلى أن يحتاجوا، فلما أراد الورثة أخذ الموروث المذكور استظهر المُمْتَعُ بإقرار من أبيه بدين لأمه نحو خمسمائة أوقية، وكان لا ذكْرَ له سواه، وانفرد بالأُمِّ وحده وبوصية ثلث متخلَّفه للحافدَيْن من ابنه، أتى ذلك كله على الموروث وزيادة، هل يفسُدُ التمتيع المذكور لأجل الدين؟، إذ التبرع لا يجوز للمديان حتى يستوفيَ ما عليه من الدين، وتُقَوَّم غلة الأصول وتُصْرَف نحوَ الدين، وما بقي قُسِمَ، وهل يَلزم المقَرَّ له اليمينُ، لأنه ذُكِر وحده أم لا؟، **جوابا شافيا**.

فأجاب: إن إقرار الرجل بالدين، إن كان في صحته فالإقرار صحيح لازم، فإن استغرق التركةَ فلا شيء لغير المقَر له ولا لأصحاب الثلث، فإن الوصية فيما يبقى بعد أداء الدين، والتمتيع الحاصلُ ماض،

وإن كان الاقرار في المرض فهو غيرُ صحيح، ولا عبرةَ به، فيُخْرَجُ الثلث الموصَى به، ويتوارثان، أي الولدُ وأختُهُ أو ورثَتُهَا في الباقي، والتمتيعُ صحيح أيضا، والله سبحانه أعلم.

قال الشريف العلمي: وإنما لم يبْطُلْ التمتيع من أجل الدين، لأن الدين تعلَّق بذمة الميت قبل موته وبعد موته، تعلق بتركته، وأما الوارثُ فلا دَينَ عليه يتعلق بذمته لرب الدين حتى يبطل تبرعه له.

ولا يقال: إذا ثبت الدين وصحَّ تعلقه بتركة الهالك فالملك لصاحب الدين، والتمتيعُ لم يصادف محلا، **لأنا نقول**: الملك للورثة، والغلَّةُ لهم، لأنهم مخيَّرون بين أن يؤدوا الدين من مالهم ويتوارثون المتخلَّف، أو يبيعوا لصاحب الدين أو غيره، **وقد قال ابن رشد في جواب له**: إن إتفق جميع الورثة على أن يؤدي كلٌّ واحد منهم ما ينوبُه من الدين ويقتسموا الأملاك على فرائض الله تعالى فلهم ذلك، وليس لرب الدين أن يأبى ذلك عليهم / هـ.

وسئل سيدي الطيب بن محمد بن عبد القادر الفاسي عن موضع يسمى بأگسلام وموضع يسمى ببعيران، قال فيهما الموثق في رسم البيع: إشترى فلان من فلان أگسلام ونواحيه أو بَعَيْران ونواحيَه، هل سيدي قولُ الموثق: (موضع كذا ونواحيه)، يشمَلُ الموضع المسمَّى فقط ويكون قوله ونواحيه زائدا في الكلام لم يُفِد غيرَ ما أفاده الاسم الأول الصادق على الموضع، أو يكون قوله: (ونواحيه) له فائدة زائدة على الأول، وهو يشمل ما كان قُرْبَ الموضع المسمى، وإذا قلتم بهذا فهل يكون له مقدارٌ محدودٌ أم لا ويرجع لأهل المنزل؟.

ص 11

فأجاب: الحمد لله، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

ذكر القرافي في الفرق العاشر من أنوار الفروق قاعدةً، إنها مُجْمَعٌ عليها، وهي: أن كل مشكوك فيه يجعل كالمعدوم الذي يجزم بعدمه.

وفي مختصر خليل: «وسقط في كمائة وشيء»[9].

قال الأجهوري: ظاهره ولو مع وجود المقر وإمكان السؤال من تفسيره، وهو ظاهر ما لابن شاس وابن الحاجب، لاكن في المواق عن ابن الماجشون تقييدُه بما إذا مات المُقِرُّ أو تعذَّر سؤاله/هـ.

والذي عند المواق ما نصه: ابن الماجشون: من أقر بعشرة دنانير وشيء، أو بمائة دينار وشيء ثم مات ولم يُسْأل فالشيء ساقط، ويلزمه ما سمَّى، ويحلف المطلوب. **ابن عرفة:** والفرقُ بين شيء مفرداً ومعطوفاً أن لغوه مفردا يؤدي إلى إهمال اللفظ المقر به، وإذا كان معطوفا سَلِم من الإهمال، لإعماله في المعطوف عليه/هـ.

إذا عُلم هذا فالظاهر إلغاء لفظ النواحي هاهنا لصحة الاكتفاء بالمعطوف عليه دونها لإبهامها، إذ من جملة محتملاتها الأطراف الداخلة كالحدود مثلا المسماة بأگسلام، والله تعالى أعلم.

قلت: يشبه هذه النازلة ما في آخر جواب للعلامة المحقق السجلماسي، ونصُّهُ:

وما قدمنا من أن اللفظ المحتمل لا يكون إقرارا من صاحبه بأحد المعاني المحتمَلة، له من كلام الأئمة أدلة كثيرة:

---

(9) وذلك في أثناء باب الإقرار.

والمعنى: وسقط في الإقرار ما يحتاج إلى التفسير كلفظ شيء أو نَيِّف أو كذا في قوله: «لفلان عندي مائة وشيءٌ، أو نيّف، أو مائة وكذا. قال ابن الماجشون: من أقر بعشرة دنانير وشيء، أو بمائة دنانير وشيء ثم مات ولم يُسأل، فالشيء ساقط، ويلزمه ما سمَّى، ويحلف المطلوب.

منهـا قـوله في النوادر : قـال ابنُ المواز وابنُ عـبـد الحكَم : إن قـال : ألم أضمن لك المائة التي تدعي بها على أبي ؟، فقال : بلى، فرجع الابن وقال : ما ضمنت لك شيئا وإنما اسْتَفْهَمْتُكَ، وما أُقرُّ أن لك على أبي شيئا، فليس هذا بإقرار، ولا يحلف . قال ابن عبد الحكَم : إلا أن يكون في يده من تركته شيء . /هـ بنقل الشيخ أبي علي في شرحه .

فأنت ترى قوله (ألم أضمن لك) لم يُجعل إقرارا منه بالضمان مع ظهور أنه استفهامُ تقرير، يعني قد ضمنت .

ومنها قول الحطاب : من ادُّعِيَ عليه بشيء فلم يُقِرَّ ولم ينكر، بل قال عقبَ دعوى المدعي : وأنا أيضا لي عليك مال أو شيء سماه، فلا يكون ذلك إقرارا، نقله ابن فرحون عن المازري .

وفي التبصرة عن المازري : ليس هذا بصريح في التزام ما ادُّعِيَ عليه به، وقد يكون مقصوده مقابلة الفاسد بالفاسد .(هـ) .

ومما يؤيد ذلك في الجملة قول صاحب الدرر النثير : الأصل براءة الذمة فلا تعمر إلا بأمر متيقَّن لا بمحتمل .

وفي أحكام ابن سهل أن العلماء أجمعوا على أنه لا يجوز للقاضي أن يقضي لأحد بأمر مشكوك فيه / هـ. وبالله التوفيق / هـ. ص 12

وسئل أيضا عما ينقُلُون عن التوضيح حسبما في نوازل الفقيه الورزازي أن الدعوى على شخص بشيء تسقط تبَاعته على غيره، ما معناه؟، وعلى أي شيء يُحمَل؟، فإنه يُشْكِل مع قوله في المختصر: « وإن قال: وقْفٌ، أو لولدي، لم يُمنع مدع من بيِّنته »[10] الخ، وقوله: « وإن قال لفلان، فإن حضر ادُّعِيَ عليه » الخ .

---

[10] وذلك في الباب المتعلق ببيان أحكام الشهادة والشهود، والذي بدأه بقوله: « بابٌ، العدل حُرٌ مسلم عاقل بالغ. . الخ » .=

فأجاب: وأما مسألة التوضيح فلم أقف فيه على النص الذي نقله الفقيه الورزازي بعينه، وهو قوله في بعض أجوبته: قال في التوضيح: من ادعى حقا على شخص سقطت بدعواه تِباعته على غيره/هـ، ولو وقفت عليه لظهر معناه المراد من سياق كلامه، **وإنما وقفت على قوله في الدماء ما نصه:**

إذا قال الميت: قتلني فلان عمدا، وقال الورثة: خطأ، أو بالعكس، فلا قسامة، لأنه إذا ادعى العمْد فقد أبرأ العاقلة، وهُم قد أبرءوا القاتل، وفي العكس قد أبرأ القاتل وهم قد أبرءوا العاقلة/هـ. فإن كان هذا الذي قصَد الفقيه المذكور، إلا أنه نقله مختصرا بالمعنى، وعبَّر بالحق عن موجب الجناية من القَوَد أو الدية، فمعنى الكلام واضح، لكون المدعَى به -لما كان معنى واحدا إذا صدَر من شخص لا يصدر من غيره، لاستحالة صدور الأثر الواحد من مؤثرين- كانت الدعوى به على معَيَّن تبرئة لغيره، وقد جاءت نصوص في الدماء تُقَوِّي ما نقلناه عن التوضيح، والله أعلم/هـ.

تنبيهٌ: يشترط في صحة الإقرار أن لا يُكَذِّبَ المقَرُّ له المقِرَّ كما قال في المختصر: «لأهل لم يُكَذِّبه»[11]، أي فإن كذبه بطل، فإن رجع إلى تصديق المقر لم يُقبل إلا بإقرار ثان، وهذا إن لم يكن عذر، وإلا قُبِل رجوعه لتصديق المقر بعد تكذيبه، مثل أن يقر أحد الورثة أن ما تركه أبوهم ميراث بينهم على فرائض الله تعالى، ثم جاءه شهود أخبروه أن أباهم أشهدهم أنه تصدق

= ومعنى العبارة: وإن ادُّعي على شخص بشيء مُعيَّن وطُلب منه الجواب فقال المدعَى عليه: إن المدعَى به هو وقْف على فلان أو المساكين، أو قال: هو لولدي مثلا، فلا يُمنع مدع لذلك الشيء من إقامة بينته على أنه له.. الخ.

(11) العبارة في أول باب الإقرار.

والمعنى أن الإقرار يكون من المقر لمن هو أهلٌ له وصالحٌ لملك الشيء المقَر به ولو حُكما كحمل ومسجد وقنطرة، ولا يكون الإقرار لمن ليس أهلا له كجبل وبحر وحيوان الخ. ولم يكذب المقَرُّ له المقرَّ في إقراره له، ولم يُتَّهم في إقراره بكذب، وإلا فلا يصح الإقرار كما سبقت الإشارة إليه في تعليق قبل هذا، وكما هو مفصل هنا في هذه النوازل.

عليه في صغره بهذه الدار وحازها له، فإنه إذا رجع عن إقراره وادعى أن التركة كلها موروثة إلا هذه الدار المشهود له بها دون الورثة، واعتذر بإخبار البينة، وأنه لم يكن عالما بذلك، بل أقر بناء على العادة، فإنه تُسمع دعواه وعذره، ولا يكون إقراره السابق مكَذِّبا للبينة قادحا فيها، **قاله القرافي في فروقه.**

قال أبو العباس الملوي: إعتمد ما للقرافي غيرُ واحد من الحفاظ المتأخرين وتلقَّوه بالقبول؛ منهم أبو سالم ابراهيم اليزناسني / هـ.

قال التسولي في شرح التحفة: وبه تعلم ضَعف ما في الحطاب عن سحنون من أن إقراره الأول مكذب لبينته فلا ينتفع بها، نقله في بابي الإقرار والقسمة بعد أن نقل عن المازري أنه أفتى بمثل ما للقرافي. **وبالجملة فالمعتمَدُ ما للقرافي، وبه كنت أفتيت / هـ.**

ص 13

وقال أيضا في فصل المقال والجواب ما نصه:

من ادعى في دار أنها وراثة بينه وبين إخوته، ثم ادعى أنه انفرد بها بوصية أو صدقة من الموروث،

قال سحنون: لا تقبل دعواه ولا بينته. وذكَـرَ، أي الحطَّابُ، عن القرافي أنه اعتمد خلاف قول سحنون، **فقال** في الفرق الثاني والعشرين بعد المائتين بين ما يُقبَلُ فيه الرجوع عن الإقرار ومالا، **ما نصُّه**: ضابط ما لا يقبل الرجوع فيه أن يكون الرجوع لغير عذر عادي، وضابط ما يُقبل الرجوع فيه أن يكون هناك عذر عادي، كأن يُقر الوارث للورثة أن ما تركَه أبوه ميراث بينهم، ثم جاءه شهود أخبروه، أي أو وجَد رسما بأن أباه كان تصدق عليه بهذه الدار في صغره وحازها له، فإنه إذا رجع وادعَى أنه لم يكن عالما بذلك فإنه تسمع دعواه وعذره، ولا يكون إقراره السابق مكذبا لبينته / هـ.

قلت: **ونزلت فأفتيت فيها بما للقرافي**. ويؤيده ما في البرزلي عن المازري فيمن اقتسم تركة موروثه مع الورثة ثم وجد بينة تشهد له ببعضها أنه يحلف ما عَلم ببينته إلى الآن، ويستحق.

ونحوُهُ في نوازل الزياتي فيمن سلَّم في شيء ظنا منه أنه لا يستحقه، ثم تبين أنه يستحقه فإن التسليم لا يلزمه، وأمثال هذا مما اتضح فيه العذر كثيرة / هـ.

وقال أيضا في فصل الآجال: وانظر ما يأتي في الاستحقاق إن شاء الله عن ابن رشد – فيمن أقر أبوه أن الملك بينه وبين قوم آخرين، ومات فادعى ولده بعد نحو الستين سنة – وهو يحوزه – أن الملك خاص بأبيه –، أن المقوم عليه، إن كذَّب ببينة الإقرار وعجز عن إبطالها، أو صدَّقها وادعى أن أباه كان اشترى حصة غيره وعجَزَ عن إثبات الشراء ولو بالسماع، فإنه يحكم بالملك للقائم إن كان غائبا في مدة الحيازة / هـ.

وسئل العلامة المحقق السجلماسي عمن تقَيَّد عليه بشهادة عدلين أنه رفع نزاعه عن فلان وعن ورثة أخيه فلان في الدار التي لهما بموضع كذا، وذلك أنه ادَّعى أن له حقا في الدار المذكورة من جهة بعض عماته ولم يستظهر على ذلك بشيء ينفعه، فأشهدَ أنه أسقط دعواه في الدار المذكورة، وأنه لا حقَّ له فيها، ومهما قام فدعواه باطلة، وحجته داحضة، طال الزمان أم قصُر، قلَّ ما يدعي به أو كثُر، فهل بعد هذا الإشهاد تُسمع له دعوى إذا قام يدعي أن له نصيبا في الدار المذكورة ورثه من أبيه المتوفَّى قبل الإشهاد المذكور بسنين أم لا؟.

ص 14

فأجاب بأنه لا تسمع للرجل المذكور في الدار المذكورة دعوى بعد ما تقيد عليه في الوثيقة من نفي الحق له فيها، وذلك مُنَزَّلٌ منزلة اللفظ الصريح بأن والده لم يترك له فيها حقا يرثه، فإن زعم أن مراده أنه لا حقَّ له فيها من جهة العمة التي قام بسببها، قيل له: هذا خلافُ ظاهرِ اللفظ. **وفي المعيار عن أبي الحسن الصغير**: إنما يؤاخَذُ المتكلم فيما بينه وبين المخلوقين بظاهر لفظه، ولو سُوِّغَ لكل متكلم صرف لفظه عن ظاهره لم يوثَق بإقرار مُقِرٍّ ولا عقد عاقد.

إنتهى، الخ. **وإن قال**: ما تضمنته الوثيقة من الاعتراف بنفي الحق على وجه العموم لم يُشْهِد به على نفسه ولم يَفهم معناه، **قيل له**: هذا أيضا لا يُقبل منك، لما في البرزلي عن تعلقة التونسي فيمن قام بعقد استرعاء وطلَبَ إثباته على رجل، فقال له هذا الرجل: إنه ساقِط عني بإشهاد هذا القائم بإسقاطه دعواه عني، وإن كل بينة قديمة أو حادثة فهي ساقطة، فقال القائم: إني لم أفهم الوثيقة المنعقدة بيني وبينك، وهي معقودة على الكمال.

جوابها: إن أشهد بها فهي تمضي على القائم، فإن قوله (لم أفهمها) إبطالٌ لها وتزوير لشهودها، وهذا باب عظيمٌ إن فُتح للخصوم بطلت حقوق كثيرة وبينات محققة، وسدٌّ هذا الباب واجب /هـ. **نقله الحطاب، وزاد بإثره مانصه**: ويشهَدُ لما قاله مسائل عديدة في نوازل ابن رشد /هـ.

على أنه لا يَحتاج في سقوط دعواه التي قام بها من جهة والده إلى هذه البراءة، بل يكفي سكوته عن ذلك المدةَ الطويلة بعد سماع أن والده باع نصيبه في الدار المذكورة قيدَ حياته على ما بلغنا عنه، فإذا ثبت ذلك مُسَلِّما لما سمع وراضيا به فإعراضه عن طلب الحق أولاً من جهة والده إلى طلب الحق من جهة عمته مِنْ أدَلِ دليل على ما ذكرنا، ولاسيما حيثُ كان سكوته بعد وقوع التشاجر ومناشبة الخصام بينه وبين الحائزين للدار وبعْدَ العجز عن إثبات الحق الذي قام فيه من جهة عمته، فإن الغالب على الخصم أنه لا يكون عنده مطلبٌ وحُجَّةٌ يقْهر بها خصمه إلا قام بها ولم يؤخرها، وذلك واضح لمن أنصف، وبالله التوفيق /هـ.

قلت وفي نوازل الصلح من المعيار ما نصه :

ومن معنى ما تقدَّم، ما في أحكام ابن حذير فيمن أشهد على نفسه في وثيقةٍ بقطع دعواه على خصمه، ثم قام يزعم أنه لم يفهم الوثيقة التي أشهد فيها على نفسه ولا قُرِئت عليه، **أجاب هشام بن أحمد بن خزيمة بأن** ص15 **قال**: قرأت الوثيقة المنعقدة بين حسان وابن حجاج، وهي معقودة على

الكمال والتمام، فإن كان شهد عندك بها فأمضها، فإن قال حسان: إنه لم يفهمها ولا قرئت عليه فإنما يرغب بذلك في إبطال البينة وتزويرها، ولو أن كل من عُقدت عليه عقدةٌ وشهد عليه بها ذكر بعد انعقادها أنه لم يفهمها ولاتيقنها لَم يصحَّ لأحد حكومة، ولا شاء أحد ممن شُهِد عليه بحق إلا أبطله بهذا الكلام، وهذا باب من المحال لم أسمعه ولا جرى به العمل ببلدنا، ولو فُتح هذا على الناس وأُصغِيَ إلى ما يدَّعونه لم تتم أحكام المسلمين الخ.

وسئل **أبو عبد الله المريني** عن رجل أشهد أن كل ما احتوت عليه دار سكناه مع زوجه فلانة من فرش وثياب وحلي وقش وكل ما يعرف للنساء وهو من زينتهن فهو لها ولو بلغ ما عسى أن يبلغ، وأن ذلك كله من مالها الخاص بها وكَسْبِ يدها، ومن رام نزاعها في ذلك فإنما رام الباطل والجور، ثم إنه توفي فنوزعتْ في ذلك، فادعت ملكية جميع ذلك، محتجة بالرسم أعلاه، فما الحكم في ذلك؟.

فأجاب : تأملت السؤال أعلاه، فما كان في الدار من زي النساء ومعروفا لهن فهو لها، وعليها اليمين إن نازعها الورثة فيه، وما كان من زيٍّ الرجال فلا شيء لها فيه. وأما الغزْلُ فهو بينهما، للزوج بقدر قيمة الكتان، ولِلزَّوْجَةِ بقدر المؤنة فيه والمحاولة، إنتهى.

وسئل القاضي أبو عبد الله سيدي محمد بن عرضون عن رجلين تخاصما بين يدي قاض، فأقر أحدهما بشيء لصاحبه أمام القاضي ومن حضر المجلس من الناس، ثم بعد افتراقهما أنكر المقر إقراره، فأقام المقَرُّ له بينة من الحاضرين المجلسَ بإقراره على أن القاضي قد سمِع الإقرار بنفسه، ما الحكم في ذلك؟.

فأجاب: إن كان الأمر كما ذُكر فالذي نقله شارحُ التحفة من ابن يونس أن الخصمين بمجلس الحكم إذا أقَرَّ أحدُهما بشيء وسمعه القاضي فجائز له أن يقضي به بينهما، وبه أخذ سحنون وابن الماجشون /هـ .

فلو حضَر شاهدان فأكْثرُ شَهِدا على المقر بما أقربه في مجلس الحكم لجاز له الحكم بمضمَّن ذلك من باب أحرى، لارتفاع الخلاف في المسألة، لأن الخلاف إنما هو فيما حَكم فيه بعلمه دون إشهاد غيره مما اشتمل عليه مجلس الحكم من الإقرار، فالذي عليه عملُ قضاة العدل جوازُ ذلك حسبما قاله سحنون وابن الماجشون، خلافا لغيرهما من الأئمة، ففيما حكم به بالإشهاد الذي حضره مجلس الحكم يجوز أحرى باتفاق العلماء كلهم. وأما شهادتهم عليه من غير إشهاده لهم على إقراره فجائز أيضا إذا استوعبوا منه بدء الكلام وتمامه، وهو نص المدونة، والله أعلم.

ص 16 **وسئل بعض الفقهاء عن أخ وأخت بيدهما ملك**، أقرت الأخت أن هذا ملك فلان، وبأيدينا رَهْنٌ، واستظهر الأخ برسم أنه بأيديهما على وجه البيع المبتَّل الذي لا شرطَ فيه ولا ثُنْيا ولا خيار، فما الحكم؟.

فأجاب: إقرار الأخت بالرهنية لازم لها في حظها دون أخيها، وإذا لم يكن ثم غير قولها على أخيها فلا يلزمه غيرُ اليمين، والله أعلم.

وسئل سيدي أحمد البعل عمن توفي وأقر بأن أحد أولاده ترتَّب له في ذمته ثمانية أوسق من الزرع تعطَى له قبل قسْم التركة، ولم يترُك عينا ولا عروضا ولا حيوانا، وإنما ترك الأصول فقط، **ما الحكم في هذا الزرع**، هل يُقَوَّمُ ويأخذ قيمته أو يُشترَى له زرع، أو يُدفع له فيه شيء من الأملاك؟، **بيِّن لنا الخ**.

فأجاب : المقر له المذكور يلزمه يمينُ القضاء أنه ما اقتضَى شيئا منها ولا أسقطها ولا أخذ عوِضَها ثمنا ولا غيره، فإذا حلف فإنه يباعُ من متروكه ما يُشترى بثمنه الثمانيةُ الأوسق المذكورة، إن كانت عليه سلَفا، ويرد له زرعه كما كان، وإن شاءوا دفعوا له في الزرع المذكور أرضا أو غير ذلك من العروض، ويقبض منهم ذلك قبضا ناجزا، وإن أرادوا أن يعطوا الثمن فإن ذلك بيعٌ وشراء، يبيع لهم الزرع كيف شاء، غير أنه لا يبيعه بالدين/هـ.

وسئل الإمام القوري عن امرأة توفي زوجها، فلما طلب ورثته فرائضهم في تركته أخرجت لهم رسمين ؛ **أحدهما** يتضمن اعترافه لها بمال في ذمته، وأنه صير لها فيه بعض أملاكه، **والآخر** يتضمن اعترافه بأن كل ما بداره من الدواب والمواشي وغيرها إنما هو لها، فهل يصح ذلك الاقرار أم لا؟.

فأجاب : لا عبرة بإقرار الزوج لزوجته، ويُعَدُّ ذلك توليجا منه لها، فلا يصح لها شيء من ذلك، إلا إذا ثبت أصل دينها عليه ببينة فيقضَى لها بذلك، والله أعلم / هـ.

قلت : ظاهره ولو وقع فيه حوز في صحته وهو مرجوح،

فقد اقتصر أبو عبد الله سيدي محمد بن سليمان القشاشي على خلافه، **حيث سئل** عن رجل أشهد أن ما بيده من الماشية ـ بقرا ومعزا ـ، كل ذلك لزوجه فلانة، وهو مالٌ من مالها، ومِلْكٌ من أملاكها، ليس له فيه حق، وإنما تلك الماشية لها وحدها.

فأجاب : ما أقر به مما ذُكر، إن لم تحزه- باطل، لأن من أقر بشيء يعرف له، حُكْمُ إقراره حكْمُ العطية، تصح إن حيزت في حياة المعطي وصحته وعدم فلَسه، وإلا فلا / هـ.

ص 17 **وقال الشيخ ميارة نقلا عن ابن سلمون** : إذا ثبت في بيع التوليج أو المحاباة أن المشتري حاز المبيعَ في صحة البائع على وجه الحيازة، هل يصح ذلك له ويجري مجرى الهبات، أو يبطل ذلك لأنه لم يَخرج مَخرَجَ الهبة؟ في ذلك قولان / هـ. والراجح صِحَّتُها مع الحوز، **لقول الإمام الونشريسي في** نوازل المعاوضات من المعيار أثناء جواب له **ما نصه** : لأن مالكا وابن القاسم ومُطرف وابن الماجشون وأصبغ في الواضحة يقولون : هذا الشراء بمنزلة الهبة، فإن حصل شرطُ استقرارها الذي هو الحوز في صحته صحت، وإلا بطلت؛

وأنتم قد ذكرتم أنَّ عقد الابتياع تضمن الحوز، فهي عطية نافذة تامة خالصة لكم، لحصول شرط تمامها لهم، وابنُ القاسم في أحد قوليه وأصبغ في سماعه يجعلانه تأليجًا وخديعة ووصيةً حتى يُصرّح بالهبة / هـ.

وسئل سيدي أحمد البعل عن رجل أقر لغيره بشقص من ملك، ثم بعد إقراره وجد رسما يتضمن شراء والده للشقص المذكور.

فأجاب : إذا أقر قبل علمه بالرسم المذكور ثم وجده بعد إقراره حلف أنه لم يكن له علم به وبطل إقراره، والله أعلم / هـ.

وقال الزياتي ما نصه: ومن خط خالنا سيدي العربي الفاسي في مسألة من أقر لفلان أنه غيرُ وارث ثم ثبت ذلك، أن إقراره لا يلزمه، لأن النسب حق لله . . . الخ.

وسئل القاضي سيدي العربي بردلة عمن وجد أناسا في بستانه ينتهبون، فرماهم بحجر ففروا أمامه، ثم أقبل عليه رجل آخر يدَّعي عليه أنه كسر له سِنَّتَيْن، ثم أحْلَقوا عليه وجعلوا يضربونه وهو ينادي : أنا بالله وبالشرع، ومر عليه آخرون فَقَصَّ عليهم القصة وقال لهم: هذا ما قدَّر الله عليَّ، فاحتجَّ عليه من كُسِرتْ سِنَّتَاه بأن هذا إقرار منه، فهل يُسَلَّمُ كونُه إقراراً أم لا؟.

فأجاب بأن مقالة المذكور ليست نصًّا في الإقرار ولا إشكال، ولا ظاهرا جليا فيه أيضا، لاحتمال رجوع قوله: (هذا ما قدر الله عليَّ) لما وقعَ عليه من الضرب، ولا يبعُدُ أن يكون هو المتبادر، فلا يلزمُهُ مع عدم البينة سوى اليمين، والله أعلم / هـ.

وسئل العلامة المحقق السجلماسي عن نازلة تظهر من الجواب، ونصُّهُ:

الحمد لله، اعتراف الأب بأن ما بيد ولديه المذكورين مِلكٌ لهما ولا حقَّ له فيه، إقرارٌ عاملٌ، وإبراؤُه لهما من أن يكون له مال عندهما إبراء نافذ لا تلحقه في ذلك تُهْمَةُ التوليج، لأمرين:

ص 18 **أحدهما** ما ذكر لنا حاملُهُ أن المعترف المذكور، له ابنتان صغيرتان في حجر أمهما وولدٌ آخر كبير، ومعلومٌ في العادة أن الأب على الولد الصغير أشفقُ منه على الكبير، فتبعُدُ بذلك تهمة الفرار بماله من بنتيه الصغيرتين إلى ابنيه الكبيرين.

الثاني ما ثبت حوله في الرسم الأخير من عجز الأب وانفراد الولدين بالتكسب دونه، **ويدلُّ لما ذكرنا قولُ الحطاب** نقلا عن كتاب ابن المواز أن إقرار الرجل في مرضه بالدَّين لابنه لا يُقبل منه، إلا أن يكون لذلك وجْهٌ أو سبب وإن لم يكن قاطعا / هـ. ولاشكَّ أن البينة بانفراد الولدين بالتكسب وجهٌ جليٌّ وسببٌ قويٌّ يوجِبُ قَبول قول الأب أنه لا شيء له فيما بأيديهما، بل ذلك أحْرى من قَبول قوله في تعمير ذمته بالدين لولده، وذلك واضح، إنتهى.

وسئل القاضي أبو عبد الله سيدي محمد بن عرضون عمن أقر من الورثة بوصية.

فأجاب : ما أقر به المقر يؤاخَذُ بإقراره مما ينُوبُهُ في الوصية، ويحلف غيرُهُ أنه لا علم عنده بالوصية، والله أعلم / هـ.

وقال الزياتي: وجدت بخط خالنا سيدي العربي الفاسي مانصه:

مسألة : من أقر في مرضه لزوجته بدين.

جوابُها أن القاضي ابن رشد رحمه الله فصل الحكم فيها فقال:

إن عُلِمَ ميل الزوج إلى الزوجة فلا يجوز إقراره إلا إن أجازه الورثة، وإن عُلِم الشَّنئان بينهما فإقراره لها جائز، وإن جُهِلَ الحال، فإن وُرِثَ بكلالة فلا يجوز إقراره، وإن وُرِث بولد، فإن كان واحدا ذكرا فإقراره جائز، صغيرا كان أو كبيراً، منها أو من غيرها، وإن تعدَّدَ وكان الصغار منها فقط ولو إناثا، وبقية الورثة كبار منها ومن غيرها أو منها فقط، فإن الإقرار لا يصح / هـ.

وإلى هذا الفرع الأخير أشار في المختصر بقوله: «إلا أن تنفرد بالصغير»(12)، ونظمه الشارحُ بقوله:

إلا إذا ما كان منها الأصغرُ * وكان من أُمٍ سِوَاها الأكبر

وأجيب عن نازلة بإذن شيخ الجماعة أبي عبد الله سيدي محمد بن عبد الرحمان الفلالي بما نصه:

الحمد لله، والصلاة والسلام على رسول الله.

حيث ثبت بالبينة العادلة أعلاه أن المقر صحَّ من ذلك المرضِ المقَرِّ فيه صحة بينة لا خفاء فيها فلا إشكال ولا خلاف في صحة إقراره ولزومه وانتفاء التهمة فيه، فليس له ولا لوارثه إن مات بعد ذلك فيه رجوعٌ ولا متكلَّم حسبما نص عليه في رسم الوصايا من سماع القرينين في نظيرتها.

وقال سحنون مثله. قال ابن رشد: هو كما قال، لأن الإقرار في المرض يلزمه إذا صح، ولا خلاف في هذا/هـ. راجعْ شرح الشيخ التاودي على قول اللاَّمية: وفي كون مشهود لعرس ببيعه .·. بعلة موت الخ. والله أعلم/هـ.

ص 19

وأجاب : العلامة المحقق السجلماسي فقال:

الحمد لله؛ حيث أثبت السيد أحمد بن الحاج بالشهادة المرسومة أعلاه أنه كان مُكْرَهًا مسلسلا في تاريخ الشهادة عليه أعلاه، فالإقرار الذي

(12) وذلك في أول باب الإقرار، المشار إليه في الهامش 1 و7.
والعبارة استثناء من حالة مؤاخذة الزوج بإقراره لزوجته في حالة بغضه لها أو جهْل حاله معها، تلك الحال المشأر إليها في الهامش 7 ، أي إلا أن تنفرد الزوجة المجهولُ حالُه معها بالولد الصغير ولو أنثى، فإن انفردت بصغير، بأن لم يكن لغيرها من زوجاته ولد صغير، أُلغي إقراره، سواء كان الكبير منها أو من غيرها، أو منهما معا.. الخ ما في الموضوع من الشرح والتفصيل.

استلزمه تصديقه ببينة القهر الذي(*) استظهر هو بها لا يؤاخَذُ به ولا يلزمُهُ به حُكْمُ ما شُهد عليه به.

أما الأولى فلتصريح شهود الاكراه بأنه كان مكرها ولا إشكال.

وأما الثانية المتضمنة عمارة ذمته للورثة فكذلك، لأن تصديقه القهري بمعنى التزمتُ أداء المال وأقررت به مُكْرَهًا.

ومن الدليل على إلغاء الاقرار إذا وقع حال الاكراه ما في التبصرة الفرحونية، **ونصُّهُ**: ومن اتهم رجلا أنه غصبه مالا فأنكر، فإن كان ممن يليق به ذلك هُدِّدَ وسُجِن الخ، قف عليه. وإذا سقط عن المطلوب إقراره عاد إلى التحاكم كما كان مع الورثة، والله أعلم / هـ بخ.

وسئلت عما يظهر من الجواب، ونصُّه:

الحمد لله؛ حيث تقارر الحاج أحمد المشهود له في حياته مع باقي ورثة أبيه على أن ثُلُثَي الخزانة بدار الدباغ هي من متخلَّف والدهم، وأن كل واحد من الورثة إنما يملك فيهما حظَّه المنجَرَّ له بالإرث على فرائض الله تعالى حسبما برسم المقاسمة، ثم بعد وفاته أقام ورثته بينة اللفيف أن الثلثين فيها ملك للحاج أحمد وحده كان ذلك من الدعاوي التي لا تُسمع، والبينات التي لا تُفيد شيئا ولا تنفع، لأن تَقارره المذكور مع الورثة حال حياته مكذب لهذه البينة الشاهدة له بملكية الثلثين بعد وفاته. **قال الشيخ التاودي في شرح التحفة: من أكذب بينته فقد أسقطها، ومن أوجَبَ له سماعها بعد تكذيبه إياها فقد فتح بابا من الشغب والتعنيت وأعان عليه. قاله ابن الهندي / هـ.**

(*) كذا في الأصل: الذي، ولعله سهو نسخي، والصواب: التي، وصفٌ للبينة، بدليل قوله في العبارة والجملة التي هي صلة الموصول: استظهر هو بها، أي بالبينة، إذ الضمير العائد على اسم الموصول يكون مطابقا له في التذكير والتأنيث والإفراد والتثنية والجمع، وذلك معنى قول ابن مالك رحمه الله تعالى في ألفيته:

وكلها يَلْزَم بعدَه صِلَةْ .:. على ضمير لائقٍ مشتملةْ

وقال الحطاب في شرح المختصر: سئلت عمن أقر أنه لا حقَّ له في هذه العزلة ثم مات، فقام شخص قريب للمقر وادعى أن لموروثه فيها حصة. الخ.

فأجاب: إقرار الهالك أنه لا حق له فيها مبطل لدعوى القائم أن لموروثه فيها حصة، والله أعلم /هـ.

وفي جواب للسجلماسي ما نصه:

الحمد لله؛ ما اعترف به المشهدُ على نفسه في الرسم حوله، من أن الجَنَان رهن بيده، لازمٌ له ولورثته، فلا تُسمعُ لواحد منهم دعوى أن الموروث اشتراه، ولا تُقبل له بينة إذا شهدت باشتراءٍ متقدمٍ على تاريخ الرسم حوله، لكون المشهود له كذَّبها، ويقال للورثة إذا ادعوا الملكية في الجنان: موروثُكُم الذي أخذتم من يده مُعترِفٌ أنه لا ملك له فيه، ولا يملك الوارثُ إلا ما ثبت ملك الموروث له، وهذا كله واضح منصوص عليه، وبالله التوفيق /هـ.

ص 20 **وأجاب بعض الفقهاء عن نازلة بما نصه:**

الحمد لله؛ وصلى الله على مولانا محمد الذي لا نبي بعده.

اعتراف الورثة أعلاه وتسليمُهُمْ ما أقرت به أمهم صحيح لازم لهم، ولا كلام لأحد فيه بعد، ولا يحتاج إلى رسم ولا إلى غيره من كل ما يلزَمُ المقرَّ لهم أن يثبتوه لولا هذا الإقرار، **لقول الفقهاء: أقر الخصم فارتفع النزاع، وقوله عليه الصلاة والسلام: «أَحَقُّ ما يؤاخَذُ به المرء إقراره على نفسه»**، وقول أهل المذهب قاطبة: يؤاخَذُ المكلف بلا حَجْرٍ بإقراره، ولا يقبل منهم تعقبه بالرافع حسبما هو مقرر، **وقد حكى ابن القطان في كتابه الإقناع الاجماعَ على ذلك**، ونصُّه: الاستذكار: وأجمع العلماءُ على القضاء بإقرار المرء على نفسه، والله أعلم /هـ.

ووقع الجواب بما نصه:

الحمد لله؛ وصلى الله على سيدنا ومولانا محمد.

لا يُمترَى أن كلَّ من أشهد بالتصديق والتسليم المذكورين أعلاه لم يبق له في البلاد نزاع ولا مطلَبٌ بوجه من الوجوه، ولا تُسْمَعُ منه دعوى ولا تُقبل منه بينة، لتصريحه بإبطال ذلك كله. خليل: «**فلا تقبل دعواه وإن بصَكٍّ**»(13) والله تعالى أعلم. وكتب محمد الصادق الهاشمي لطف الله به.

وتقَيَّدَ عَقِبَهُ بخط بعض العلماء ما نصه:

الحمد لله؛ والصلاة والسلام على رسول الله.

ما رُسِم أعلاه من عدم سماع دعوى الجماعة المذكورة وعدَمِ قبول بينتهم لما تقيَّد عليهم في الوثيقة من نفي الحق لهم فيها الخ، صحيحٌ لاشك فيه، إذ تسليمهم للبلاد، ورفْعُ نزاعهم، وتخليتهم عنها لمشتريها، مُنَزَّلٌ منهم منزلةَ اللفظ الصريح بصحة ملكية البائع لها للمشتري المذكور، وأنهم

---

(13) وذلك في آخر فقرة وعبارة من باب الإقرار.

والعبارة مسبوقة بكلام قبلها ومرتبطة به، لكونها معطوفة على فعل شرط وجوابه، حيث قال فيها صاحب المختصر: «وإن أبرأ فلانا مما له قبله أو من كل حق، أو أبرأه برئ مطلقا، ومن القذف والسرقة، فلا تُقبل دعواه وإن بصك، إلا ببينة أنه بعده».

والمعنى: «وإن أبرأ الرشيدُ غيرُ المحجور فلانا من كل حق ثبت له قبله أي جهةَ المبرأ برئ مطلقا عن التقييد بنوع من الحقوق المالية؛ وبرئ كذلك من الحقوق البدنية مثل حد القذف والقصاص في نفس أو طرف إذا لم يبلغ الإمامَ، أو بلغه وأراد المقذوفُ الستر على نفسه لا الشفقة على قاذفه، وبرئ من الحقوق المالية التي يُفَوتها الإتلاف كغُرم مال السرقة، لا قَطْعِها لأنه حق لله تعالى لا للمسروق مالُه.

ثم إن ادعى المبرئ بعد ذلك على المبرإ بحقٍ نسيه أو لم يَعلمه حين الإبراء، أو أن إبراءه إنما كان مما فيه خصومة، وهذه غيرها، فلا تُقبل دعواه وإن أتى بوثيقة مكتوبة على المبرأ بما ادعى به عليه في كل حال، إلا أن يأتي ببينة أن الحق المدعى به تجدد على المبرأ بعد الإبراء فتُقبل دعواه حينئذ الخ.

لا شيء لهم معه فيها، ولا شك في مؤاخذتهم بذلك، لأن الإقرار أقوى وأبلغ من قيام البينة حسبما لابن رشد، واستظهره البرموني وغيره، بل قد حكى ابن القطان الإجماع على المؤاخذة به... الخ.

ووقع سؤال عن شهادة بوصية، وفيها إقرار الأب لولده، نصها:

الحمد لله؛ أشْهَدَ فلانٌ أنه إن مات فيُخْرَجُ من متخلَّفه جميعُ كذا، وأنَّ ذمته عامرة لولده العربي بمائة مثقال واحدة، وأنه كان اشترى له من نفسه الثلثين الباقيين على مِلكه في الطراز الذي بمحل كذا بمائتي مثقال اثنين، قاصٌّ نفسه بالمائة مثقال المذكورة، والمائة الأخرى إن أجازها الورثة وأسقطوها عن ولده العربي فذلك، وإلا فيعطاهم واجبُهم منها، وأن المائة المذكورة كانت تحصَّلت في ذمته لولده المذكور من أجرة حزب الخلوة إشهاداً تامًا بحالِ مرضٍ ألزمه الفراش الخ.

ص 21

والجواب: الحمد لله؛ إقرار الأب أعلاه في مرض موته لولده بالمائة مثقال صحيحٌ لازم لورثته، حيث بيَّن السبب، على ما في التحفة، **ونصُّها**:

وحيثما الإقرارُ فيه للولد * مع غيْره فليس فيه من مَردّ
مع ظهور سبب الإقرار * الخ.

وأما ما باعه له من الطراز، فإن لم تكن فيه محاباة فالبيع صحيح، لأن المريض لا يُحَجَّر عليه في المعاوضات المالية، وإلا فمحاباته في ثلثه.

قال ابن عرفة: وبيعُ المريض جائز، ومحاباته فيه في ثلثه إن توفي من مرضه وكان لغير وارث، فإن كان له بطلت، إلا أن يجيزها له بقية الورثة. **قال: والمعتبر في المحاباة يومُ فِعْلها لا يومُ الحكم** / هـ، والله أعلم. وكتب محمد بن ابراهيم لطف الله به.

الحمد لله، ما سُطِّر أعلاه، ـ من صحة إقرار الوالد لولده في مرض موته ولزومه لورثته حيث بيَّن السبب، ـ صحيح. **قال ابن رشد**: إقرارُ الرجل بما في يده من الدُّور والمتاع التي لا يُعْرَفُ مِلْكُهُ لها أنها لابنه من ميراثه لأمه كإقراره له في مرضه بالدين، وذلك لا يجوز، إلا أن يُشْبِهَ قولُه ويُعرف وجهُ إقراره أنه كان لأمه من المال نحوُ ما أقر به؛ **قال**: وكذلك في كتاب ابن المواز أن إقرار الرجل في مرضه بالدين لابنه لا يُقْبَلُ منه، إلا أن يكون لذلك وجه أو سبب يدل له وإن لم يكن قاطعا / هـ. **وكذلك تصيير الأب الطراز في الدَّين المذكور صحيح أيضا. قال ابن سهل في أحكامه: قال ابن حبيب: قلت لمطرف وابن الماجشون**: من قال: إشهدوا أني قد بعت لولدي هذا –لولد له صغير أو كبير– داري هذه بكذا وكذا دينارا كانت له في يدي ومن ميراثه من أمه أو من عطية أُعْطِيَهَا أو من شيء يصفه، فقال: إذا رشَّح لذلك وجها، أو سبَّب له سببا يُعرف فذلك جائز مع يمين الكبير / هـ.

ثم قالا: وكذلك لو قال: إشْهَدُوا أن لولدي عليَّ مائة دينار دَينا صارت له عليَّ من كذا وكذا، وذلك لا يُعرف فذلك لا يجوز، إلا أن يرشح أو يسبِّب أمرا يُعرف به مال فيجوز ذلك للولد مع يمينه / هـ.

ونقلَه في المفيد أيضا، وزاد: قال ابن حبيب: وسألت عن ذلك أصبغ فقال لي مثْلَ قولهما، وظاهره أنه لا فرق بين الإقرار والتصيير في الصحة أو في المرض، **وصرَّح بذلك ابن سلمون فقال**: إذا صيَّرَ الرجلُ لمحجوره ملكه في مال ترتب عليه بشهادة متقدمة أو متأخرة، أو أقر به حين التصيير وكان يُعرَفُ أصله فذلك جائز سائغ بلا خلاف، صحيحا كان المصيِّرُ أو مريضا، وذلك نافذ للمحجور وعلى كل حال، وإن لم يكن يُعرف أصله فعلى حكم الإقرار للوارث / هـ، **هذا فقه النازلة، والله أعلم**. وكتب عبد ربه ـ تعالى وتقدَّس ـ عمرُ الفاسي / هـ. **وبعده موافقات لعلماء أجلة، إختصرناها خشيةَ التطويل**.

ص 22

وسئلت عمن اشترى موضعا وبقي بيده سنين، ثم أشهد أنه نائب فيه عن واحد من أولاده، وبقي بعد ذلك مدة ومات، فاقتسم ورثته جميع تركته حتى ذلك الموضع المقُرَّ به لولده، وفيهم ذلك الولد المقَرُّ له، ووقع التسليم فيه بين الورثة، ثم مات الولد المقَر له أيضا فقام ورثته يطلبون ذلك الموضع المقر به لموروثهم، فهل يستحقونه اعتمادا على تلك الشهادة بالنيابة فيه أم لا؟.

فأجبت: الحمد لله؛ حيثُ كان بين تاريخِ الشراء وتاريخ الإقرار بالنيابة أكثرُ من ستة أعوام كان هذا الإقرار غير معتبَر ولو كان بعدلين مبرزين، لخلوه عن الحوز، لأن من اشترى شيئا باسم نفسه ثم أقر فيه بالنيابة عن غيره، إن كان بالقرب من الشراء أو كان وقتَ الشراء فلا إشكال في صحته، وإن كان بعد الطول يجري مجرى الهبة والصدقة، فإن حِيز قبل موت المقر في صحته صح، وإلا فلا، ونظمه الفاسي فقال:

وبالنيابة إذا ما شهدا * بالقرب أو حيث الشراءُ انعقدا
صحَّت، وبعد طول صح ما يُحاز * من قَبلِ تفليسٍ وموت بامتياز

وقال الشريف العلمي في نوازله بعد كلام في المسألة ما نصه:

ومعنى هذا: إن كان من اشترى شيئا باسم نفسه ثم أشهد أنه نائب في الشراء عن غيره، فإن أشهد بذلك قرب الشراء صُدِّقَ، وإن لم يُشهِد بذلك إلا بعد طولِ المدة فمَحْمِلُهُ مَحْملُ الهبة؛ إن حيزت عنه في حياته وقبل مرض موته المتصل بالموت صحَّت، وإلا فلا، وقاله ابن رشد في الأجوبة/هـ. والطول عشرة أشهر على ما قاله الونشريسي، أو ستة أشهر على ما قاله ابن سودة قاضي فاس، والله أعلم. قاله وكتبه المهدي الوزاني لطف الله به.

وسئل الشيخ التاودي عن رجل اشترى دارا لنفسه فمكث مدة طويلة تقرب من العشرة أعوام، ثم أشهد أن الدار بينه وبين زوجة له ـ كان يحبها

ص 23 ويميل إليها ـ على نصفين، والإشهاد ما يقرب لتسع سنين، فهل سيدي إشهاده للزوجة بما ذكر لغْوٌ فيبطل وتُورَثُ عنه الدار بأجمعها، لأنه يُتَّهَمُ أن يكون قصد بذلك الهبة وتَحَيَّلَ لإسقاط الحوز الذي هو شرط في صحتها، إذ لو كان ما فعله حقا لأشهد به حين الشراء، سيما وله أولاد منها ومن غيرها، أو ذلك صحيح فتستبد وتختصُّ بالنصف، والحالُ ما ذُكر؟، **بينوا لنا الأمر في ذلك مأجورين**، وبأن الزوج المذكور لم يزل ساكنا بالدار المذكورة إلى أن توفي بها صح به.

فأجاب : **الحمد لله**؛ إشهادُ الزوج لزوجته بملكيتها لنصف الدار معه بعد أن اشتراها باسم نفسه ومضَتْ المدة المذكورة ولم يزل ساكنا فيها إلى أن مات، غيرُ نافع للمرأة ولا مفيد لها في ملك شيء من نصف الدار المذكورة، وإنما لها من الدار ما ترثه.

ففي أجوبة ابن رشد : **سئل عن رجل ابتاع ثلثي دار وسكَنَها مع زوجه أزيدَ من ستة أعوام، ثم اشترى الثلث الباقي لزوجته باسمها**، وذكر في العقد أن الدار كلها خلصت لها، وأشهد أن ابتياعه للثلثين أولا إنما كان لها وبمالهَا، وتمادى على السكنى بالدار إلى أن مات وتزوجت الزوجة ثم ماتت، فقام ورثتها يطلبُون الدار كلها بما تقَيَّد عن الزوج من الاعتراف.

فأجاب : لا يصح أن يُقبَلَ إقرار الزوج بعد المدة الطويلة في دار اشتراها باسمه أنه إنما اشتراها لزوجته، لأنه يُتَّهَمُ أن يكون وهبها لها بعد وفاته، والتهمة في ذلك ظاهرة لما تضمنه الشراءُ باسم نفسه، فيُحْمَلُ اعترافُه لها على الهبة، وتَبْطُلُ بسكناه في جميعها إلى أن توفي، لأن من اشترى باسمه شيئا محمولٌ على أنه اشتراه بماله حتى يثبت خلافُ ذلك أو يُقِرَّ به للمشتري في فور ذلك إقرارًا لا تهمة فيه، والله أعلم.

وتـزيـدُ النـازلـةُ بـمـا قـيـل أن الـزوج حـالَ اعـترافه كـان مـريضـا، وأن قـول الشـهـود بأكـمله تلفـيف، ويؤيده تاريخ الموت فـإنهـا في أقلَّ من شـهْـر، والله أعلم / هـ.

وسئل أيضـا عن رجل أحـاطت الديون بماله وله أمـة، فلما مرض مرضَ الموت وقربت وفاته أقر أنه قد أولدها في صحته، فهل لا تَعْتِقُ من الثلث ولا من رأس المال أم لا؟، بينوا لنا الأمر في ذلك.

فأجاب : الحمد لله ؛ حيث كان الرجل مُعْدِمًا أحاطت به الديون، وليس هناك ولدٌ لهـا ولا حـمْلٌ ظاهر فـالإقـرار باطل لا عبـرة به؛ قـال ابن رشـد : يصَـدَقُ الرجل في حَمْل أَمَتِه أنه منه وإن كان مستغرِقَ الذمة بالديون، وأما إن قال : ولدتْ مني ولا ولدَ معها فلا يصدَّقُ، وتباع للغرماء، إلا أن يكون قد سُمِعَ منه وفَشَا، أو قاله قبل أن يتداين / هـ. والله أعلم / هـ.

ص 24 **وسئل العلامـة السجلماسي عن رجل شُهِد عليه بالتسليم في ولجة كـان تنازع فيها مع الرجل المسلَّمِ له،** ثم بعد التسليم أقر أن والده كان في حياته باع الولجة المذكورة من رجل سماه، وذلك الإقرارُ بعد مدة من تاريخ التسليم، فهل في إقراره هذا حجة لورثة الرجل المقَرِّ له بالبيع على المسلَّم له أم لا؟.

فـأجـاب بأنهـم لا حـجـة لهم عليـه في ذلك الإقـرار، لأنه من باب الإقـرار على الغير.

وبيانُ ذلك أن تسليم الرجل في الولجة بالمال المدفوع له بيعٌ للنصيب المـوروث لـه في والـده. **قال في المختـصر :** «الصلحُ على غيـر المدعَى بيعٌ»... الخ. ونقل الحطاب ما يشهَدُ له عن ابن فرحون. وإذا كان بيعا فإقرار البائع بعد بيعه أن المبيع مِلكٌ لغيره لا يضر المشتري ولا يُستَحَق به من يده.

ففي المعيـار عن ابن لب مـانصـه: لو أقر بملك لغيره بعد بيعه لم يُقْبَلْ منه إلا فيما يجب عليه من الثمن / هـ. ونقل الحطاب معنى هذا عن المدونة.

ومن جواب لأبي الحسن الصغير: ولو أقر الحائزُ بعد بيعه الدار المذكورة بما يوجب للقائم الحكمَ بها فلا يُقبل إقراره، للتهمة كما لا يخفى / هـ، وبالله التوفيق / هـ.

قلت: ومحل هذا حيث أقر بانتقال الملك إليه من أبيه مثلا، وإلاَّ فلا يؤاخَذُ بشيء؛ وقد كنت أجبت عن نازلة بما نصه:

الحمد لله؛ احتجاجُ الوكيل بأن بيد مُنَوِّبيه فريضةَ البلاد والمقارَرَة عليها والإشهادَ على سيدي هاشم جدِّ المدعى عليهما بأن تحت يده رسم واجب منوبيه الخ، لا ينهض حجة، ولا يفيد شيئا ولا يوجب حقا، إذ ما احتجَّ به كله لم يكن مع المدعَى عليهما، وإنما كان مع جدهما فلا يُوَاخَذَان به قطعا، بل المدعى عليهما حيث كانا حائزيْن البلادَ، كان الواجب على المدعي هو إقامة بينة بما ادعاه، عملا بقول التحفة

والمدعي مُطَالَبٌ بالبينة * وحالةُ العموم فيه بينة

قال ابن سلمون: من ادعى في شيء بيد غيره أنه ملْكُهُ فأنكر ذلك الذي بيده فلا يُكَلَّفُ أن يذكر من أين صار له ذلك ولا بأي وجه تملَّكه، وعلى المدعي إثبات تملكه، فإذا أثبته على ما يجب سئل المطلوب حينئذ / هـ، ونظمه في التحفة بقوله:

المدعي استحقاقَ شيء يُلْزَمُ * بينةً مثبتة ما يَزعم
من غير تكليف لمن تملَّكه * مِن قبلِ ذا بأي وجه ملَكه

ص 25 وأما إقرار الجد سيدي هاشم المذكور أن الربع من البلاد المتخلَّفة عن والده سيدي أحمد لازالت على فرائض الله تعالى بين ورثته، واعترافُهُ أن رسومها تحت يده وفي حوزه الخ فلا توجب حقا على حفيديه فلان وفلان المدعَى عليهما، لكونهما ليسا بوارثين فيه، فإقراره بالنسبة إليهما كالأجنبي

سواء، فكما أن الأجنبي لا يوجِبُ إقراره حقا على غيره فكذا إقرار الجد بالنسبة إلى الحفائد الغير الوارثين فيه لا يوجب عليهم حقا، وخلافُ هذا لا يُتَوَهَّم، وكذا التزام والدِ المدعى عليهما لتلك الْـمُقارَرة غيرُ لازم لهما أيضا حيث أجابا بالحوز والملك لأنفسهما، وإنما يلزمهما إقرار والدهما لو أقر بالملك له وأنه انتقل منهُ إليهما، فحينئذ يسري اقراره إليهما ويؤاخَذان به، أما حيث أجابا بالحوز والملك لهما ولم يُقِرَّا بالمدخل من جهته فلا يسري إقراره إليهما ولا يؤاخذان به قطعا.

والحاصل أن المدعى عليهما لا يُؤَاخَذان بإقرار غيرهما كائنا من كان، إلا أن يثبت أن الملك كان له وانتقل إليهما منه، والله أعلم. قاله وكتبه المهدي الوزاني لطف الله به.

وسئل المحقق السجلماسي أيضا عما يظهر من جوابه، ونصُّهُ:

اعتراف المشهودِ عليه بمحَوَّله بتقدم ملك خُصَمَائه لبلد النزاع وتصرفِهم فيها يؤاخَذ به هو وموكلوه، ويُقضَى عليه وعليهم بموجب ذلك الإقرار، ودعواه انتقالَ الملك إليه وإليهم بالاشتراء، وأن تصرف المنازعين لهم إنما هو على وجه الخير، يحتاج لبينة تشهد بذلك، وحينئذ إن كانت الأرض بيد العُسَيلات أي المدعَى عليهم أُقِرَّتْ بأيديهم حتى يُثبِتَ مُنَازِعهم ما ادعى، وإن كانت بيد البهاللة، أي المدعين نُزِعَتْ من أيديهم وقُضِي بها للآخرين بعد الإعذار فيمن شهِد على الوكيل حوله.

ففي الدرر النثير أن أبا الحسن سُئل عمن ادعى مِلْكًا بيد ورثة فقال اثنان منهم: إن هذا الملك اشتراه أبونا من أبي القائم.

فأجاب : إن لم يكونا عدلين فيثبُتُ الإقرار في حقهما خاصة، ويكلَّفان بإثبات الشراء الخ.

وفي المعيار من جواب لأبي محمد بن عبد النور قال فيه: هي - يعني المرأةَ - مُقرةٌ على نفسها من وجه، مُدَّعِيَةٌ من وجه، فللرجل أن يخالفها من حيث هي مدعية، وله أن يحتج بقولها من حيث هي مقرة له/هـ.

ص 26 وإذا كان إثبات الشراء لازما لمدعيه فلا يكفي أن يشهد الشهود بالاشتراء من غير تسمية البائعين والمشترين؛ ومن المعلوم أنه لابد من معرفة المشهود عليه والمشهود له؛ ولابد من بيان مستند علم الشهود بما شهدوا به، وإلا رُدَّتْ شهادتهم على المذهب، وشهادةُ من شهد أن البهاللة اشتروا من العسيلات، غيرُ تامة لا عمل عليها، إذ من الجائز أن يكون باع بعضهم فقط، أو باع من لا ملك له بالكلية، أو يملك شيئا يسيرا وباع الجميع.

وبالجملة إن لم يعرف الشهود أسماء البائعين والمشترين لم تصح شهادتهم عليهم، والله أعلم/هـ.

وسئل أيضا عما ذكره ابن سلمون عن ابن الحاج في فصل الاستحقاق، ونقله شارح الزقاق على قوله: وغُرْمُ خراج مَن علَى غيره ادَّعى * البيت، من أن الإقرار بالشراء يتضمن الإقرار بالملك للمُقَرِّ بالشراء منه، **بل ذكر سيدي عيسى السجستاني** في باب الإقرار من نوازله في سؤال أجاب عنه غيره بما أجاب به ابن الحاج من أن قول المطلوب : اشتريتُهُ منك أو من وكيلك، إقراره بالشراء يتضمن الملك له.

وأجاب هو، أي سيدي عيسى بأنه لا يستلزمه، وإنما يستلزم رفع اليد فقط، وذلك أعم من أن يكون المقَرُّ بشرائه ملكا للمقر بالاشتراء منه أو لغيره، والأمر إلى سيدنا في ذلك.

فأجاب : أما مسألة ابن الحاج المذكورةُ في استحقاق ابن سلمون وأقضية المعيار، فقوله فيها : إن الإقرار بالابتياع من الوكيل إقرارٌ للموكل بملك الدار، **صحيحٌ** وَرَدَ معناه كذلك لغيره باللفظ الصريح، وذلك ما ذكر في أوائل السِّفر

الثاني من ابن سهل فيمن ادَعى جارية عند رجل أنه رهنها وقال الآخر: اشتريتها منك، قال : إن لم تكن لهما بينة صُدِّقَ الراهن مع يمينه، لأن المشتري قد أقَرَّ له بالملك وادعى الشراء / هـ.

ومثلُهُ في المختصر تبعا لابن الحاجب وابن زرب، ونقله عنه ابن سهل وابن ناجي وصاحب المعيار، ومراد هؤلاء الشيوخ بالملك المأخوذ من قول القائل بعْتَ لي واشتريتُ منك، الملكُ بحسب معتقَده والذي يوجب القضاءَ عليه باستحقاق ما في يده، لا الملكُ التام الكامل الذي يُسْتَحَقُّ به حتى من غير القائل، كالذي تشهد البينة به ولا يختص أحد دون أحد بموجبه، فهذا هو الذي قال فيه سيدي عيسى: إن الإقرار لا يستلزمه، وهو كلامُ حقٍّ، وقولُ صدق، لا مُعارضةَ بينه وبين كلام ابن الحاج، من أجل أن معنى الملك المراد فيهماً مختلف، فلم يتوارد الإثبات والنفي على معْنى واحدٍ، وجَعْلُ المقر بالشراء مقرا بالملك للبائع مبنيٌّ على اعتبار الأصل الغالب وعلى إلغاء الاحتمال النادر الذي هو بيع ما لم يملك.

ص 27 **ففي مسائل العتق من أحكام ابن سهل**: كُلٌّ من كان في يده شيء فهو له / هـ، يريد أن الأصل أنه ملك له.

وفي تبصرة ابن فرحون: الظاهرُ فيما هو في يد الإنسان مما يصلح له أنه يملكه، وهذا هو الغالب، وغيره نادر / هـ.

وفي نوازل الشريف العلمي ما نصه :

وكتب جَدُّ والدي أبو العباس سيدي أحمد بن علي الشريف إلى شيخه الفقيه أبي عبد الله سيدي محمد بن عرضون:

سيدي - رضي الله عنكم -، إن مسألة الرجل الزجلي التي كنت ذكرت لكم أنه قام عليه صاحبه برسم يقتضي صلحه في سرقة الثورين اللذين ادعى عليه سرقتهما وادعى هو الإكراه، وشهِد الشاهدُ أن الصلحَ لم يقع بزمان

الإكراه وإنما كان متأخرا عنه بأزمان، فأجبتني باستصحاب الإكراه، لتَقَدُّمِ سببه، واستشهدتَّ على ما ذكرت بقضية الأمة المبيعة، **وجَدْتُ فيها ما أقُصُّه عليك من النصوص، وهي مُؤْذِنة بصحة إقراره.**

منها نصّ شمس الدين التتائي في شرح خليل عند قوله في باب السرقة: «وتثْبُتُ بالإقرار إن طاع وإلا فلا ولو عيَّن السرقة أو أخرج القتيل»(14)، **التتائي**: إلا أن يقر بذلك بعد الإكراه آمنا، ونحوُهُ في المدونة / هـ.

قال في المدونة: ومن أقر بشيء من الحدُود بوعيدٍ أو سَجْنٍ أو ضرب أو قيْدَ، قيل: ذلك كله إكراه، فإن تمادى على إقراره بعد زوال الإكراه فإنه يُحبس حتى يُستبرأ أمره، فإن تمادى على إقراره بعد أن أمِنَ أُقيمَ عليه الحد إذا أتى بأمر معروف يُعْرَفُ به صدقه وعيَّن السرقة ونحوِ ذلك، وإلا لم يؤخذ في قطْع ولا غيره، لأن الذي كان من أمره أولَ مرة قد انقطع، وهذا كأنه إقرار حادث، وإن أخرج السرقة أو القتيل في حال التهديد لم أقطعه ولم أقتله حتى يُقِرَّ بذلك آمنا / هـ.

فتبين لي – حفظكم الله – المعارضةُ بين ما ذكرتَ لي وبين ما جلبتُ هنا، وظهر لي أن هذا هو في عين النازلة فلا يترك للمسألة المذكورة، وظَهَرَ لي أن بين نقل المدونة ونص ابن عاصم معارضة، فإن صاحب المدونة جعل الإقرار في السجن إكراها، فظاهِرُهُ مطلقا، سواء كان صاحب ذعارة أو غيره، وابن عاصم يقول:

وحكموا بصحة الإقرار * من ذاعر يُحْبَسُ لاختبار

(14) وهو الباب الذي بدأه بقوله: باب، تُقطع اليمنَى وتُحسَم بالنار، إلا لشلل أو نقْص أكثر الأصابع فرجلُه السرى.. الخ.
والمعنى أن السرقة تثبت على السارق بإقرار منه على نفسه بها إن طاع بإقراره ولم يُكْره عليه، ولو أخرج المكرهُ الشيءَ المسروق الذي اتهم بسرقته، أو عيَّن القتيل الذي اتهم هو بقتله لاحتمال أن السارق أو القاتل غيره، وأنه أقر به كاذبا ليخلُصَ من ألم الضرب الخ.

ولاكن قد يُجمع بينهما بأن ما في المدونة هو على قول ابن القاسم ومالك، وهو كذلك، وما في ابن عاصم هو لسحنون. **قال القلشاني: من تمام قول سحنون في هذا القول**: وكيف ينبغي إذا حُبِس أهل الظِّنة ومَن يستوجب الحَبس إذا أقر في حبسه أن لا يلزمه. قال -يعني سحنونا-: «وإنما يَعرف هذا من ابتُليَ بالقضاء» / هـ.

فإذا وقعت هذه النازلة بين أيدينا الآن، فهل نحكم بقول سحنون أو بقول غيره؟، وكأن ابن عاصم تَبَرأ من هذا بقوله: «وحكموا» ولم يقل: والحكم كما قال في كثير من المواضع. ومحل الحاجة من نص المدونة قوله آخرا: (ولو أخرج السرقة أو القتيل...) إلى أن قال: (حتى يُقر بعد ذلك آمنا)، فلم يجعل إقراره حالة الأمن يُستصحَب معه الإكراه المتقدمُ، وكذلك قوله بعده: (وكأنه إقرارٌ حادث) **فأجبنا بما يكون عليه العمل**.

ص 28

فأجاب: الحمد لله وحده؛ وعليك السلام أيها السيد، زادك الله رشدا وزكّى فعلك، وكان في كل حال لي ولك.

لا شك أن النصوص التي جلبتَ هي في عين النازلة، والمعمولُ عليه منها إن شاء الله ما اشتمل عليه نص المدونة، وذلك قوله فيها: (فإن تمادى على إقراره إلى قوله: وإلاَّ لم يؤخذ في قطع ولا غيره)، والرجلُ في نازلتنا لم يُحْبَسْ حتى يُستبرأ أمره فيقر ويتمادى على إقراره بعد السجن فيُحْكَم عليه بموجبه، بل إنما أقر لما تقدم له من الإكراه، وهو فائدةُ حبسه بعد الإقرار ليُنْظَرَ أيتمادى على الإقرار أو يرجع عنه؟، فالمتَمادي يحكم عليه بموجبه بشرطٍ نَبَّه عليه بقوله: إذا أتى بأمر معروف ويُعْرَف به صدقه وعَيَّنَ السرقة ونحو ذلك، وغيرُ المتمادي كهذا الرجل هو قوله: (وإلا لم يؤخذ في قطع ولا غيره)، فعليه - أعني على مقتضَى نص المدونة - يجري الحكم في هذه المسألة، والسلام / هـ.

وكتب عليه أخي سيدي محمد : ما قاله الجد رحمه الله، ـ من المعارضة بين ظاهر المدونة فيمن أقر بوعيد وبين كلام سحنون، ـ صحيحٌ.

ففي كتاب ابن سحنون: لو رُفِع إلى القاضي رجلٌ يُعرَف بالسرقة والذعارة أي الفساد أو تخويف الناس فادُّعي عليه ذلك فحَبَسَه لاختباره، فأقر في السجن بما ادعي عليه لزمه، وهذا السجن خارج عن الإكراه، لأن فعل القاضي لازم للمسجون، ولو تقدم الحكمُ على الجَوْرِ منه فحبس رجلا حتى أقر وليس من أهل الذعارة والتُّهَمِ بطل إقراره، **قال البرزلي**: قول سحنون هذا معروفٌ له فيمن أقر بوعيد: أنه يؤخذ به، بخلاف ظاهر ما وقع فيها في مسألة من أقر بوعيد الخ، وموافقٌ لما في باب السرقة: مَن ادَّعى على رجل أنه سرق له لم يحلفه، إلا أن يكون متهما بوصف ذلك فإنه يحلف ويهدَّد ويسجن، وإلا لم يُعْرَضْ له. فظاهره أنه لو أقر بوعيدٍ عُمِل عليه. إنتهى.

قلت: **قوله**: (وهذا السجن خارج عن الإكراه)، أي لأنه جائز في حقه حيث كان معروفا بما ذُكر.

قال في التبصرة: كأنه أي سحنونا يقول: إن ذلك الإكراه كان بوجه جائز شرعا، وإذا كان من الحق عقوبته وسَجْنُهُ لما عرف من حاله كان من الحق أن يؤاخذ باعترافه / هـ، **لاكن قال العلامة ابن رحال**: ينبغي أن يُعْمَل بهذا بالنسبة لغرم المال، وأما الحدُّ فيُدْرأُ / هـ.

ص 29 **وسئل العلامة المحقق السجلماسي عن رجل أشهد على نفسه بأن في ماله وذمته لفلان كذا، وبقي ذلك الرسم ما شاء الله**، فقام به بعض ورثة المقر له على المقر، فنازع في ذلك، فكتب عليه بعض الطلبة ما مُحَصَّلُهُ أن الرسم لا يفيد ماسكَه شيئا، لعدم بيان أصل الدين الخ.

فأجاب : الحمد لله؛ عدم بيان أصل الدين لا يُبطل الرسم به، وإنما فائدة بيان أصل الدين في الرسم سقوط اليمين.

ص 29 **فقد سئل ابن لبابة عن الرجل يكتب على الرجل رسما بدين له عليه دراهم أو دنانير ولا يسمّي من أي شيء هو.**

فأجاب: أحَبٌّ إليَّ أن يسميه من أي شيء، **قيل له**: لم؟، فقال: لأن المدعى عليه إذا قال عند التحاكم للمدعَي: من أي شيء هذا الدَّينُ؟، فادعى شيئا حلالا وادعى الآخَرُ حراما، فالقول لمدعي الحلال مع يمينه، إلا أن يأتي مدعي الحرام ببينة، فهذا قد دخلت عليه اليمين، ولو بين ذلك في الكتاب لم تكن عليه يمين / هـ بخ. فأنت تراه لم يجب ببطلان الرسم كما ذكر المجيب / هـ.

قلت: فيما قاله نظر، وتقدَّمَ له نحو هذا في نوازل المديان، واعترضوه عليه؛ ويؤيده قول المتيطية ما نصه: من التلفيف أن يشهدوا أن لفلان على فلان كذا وكذا ديناراً ولا يبينون وجهَ ذلك، بل لا تُقبل حتى يقولوا: أسلفه لدَيْنا أو أقر بمحضَرنا، وإن كان الدين من بيع فسَّروا ذلك أيضا فيقولون: باع منه بمحضرنا أو أقر لدينا. **قال**: وإنما لم تجز الشهادة إلا مع البيان، لأن الشهود أكثرهم جهلة، فقد يتوهمون أنه وجب من حيث لا يجب / هـ. وقد ذكروا في شروط صحة الدعوى بيانَ السبب، وإلا لم تصحَّ، فالشهادة كذلك، لأنها مصحِّحة لها ومفرَّعة عليها، **فإذا لم يُقبل الأصل فالفرع أحرى.**

قال العلاَّمة التسولي على قول اللامية: (بِبِعْتُ ونحوِ يُكْتَفَى ممن ادعى)... **ما نصه**:

ظاهره أن بيان السبب ليس من شروط صحة الدعوى، ويؤخذ ذلك من قول خليل: «ولِمُدَعىً عليه، السؤال عن السبب»،[15] واعترضه مصطفى قائلا: وفيه نظر، بل صحتها متوقفة على ذلك. **ففي المجموعة عن أشهب**: إن أبى المدعي أن يبين السبب ولم يدَّع نسيانه لم يُسأل المطلوب عن شيء،

ونحوه في كتاب ابن سحنون . ووجهُه أن السبب الذي يذكره المدعي قد يكون فاسدا لا تترتب به غرامة . إنتهى .

قال الشيخ بناني : الظاهر ما للحطاب ، إذ لو كان بيانه من تمام صحة الدعوى ما قبل نسيانه، ولبطلت الدعوى إذا لم يُذكَر ولم يُسأل عنه، وليس كذلك فيها؛ إنتهى .

ص 30 **قلت : وفي اعتراضه على مصطفى نظر ظاهر** ، لأن كونه ليس من صحة الدعوى مع علمه به وامتناعه من بيانه يوجب أن يكلَّف المطلوبُ بالجواب، لأن الفرض حينئذ أن الدعوى صحيحة، وهذا مخالف لما في المجموعة وابن حارث وغيرهما، **وقولُ خليل** : « ولمدعًى عليه السؤالُ عن السبب » لا دليل فيه، لأن هذا من حق المطلوب، فله تركه وأن يجيبَهُ قبل تمام الدعوى بإقرار أو إنكار، والكلام إنما هو في التشاحِّ مع العلم بالسبب، بأن يقول المدعي : لا أبينه وإن علمتُه، ويقول المطلوب : لا أجيبُك حتى تبينه، وأما إن ادعى نسيانه فهو معذور، وقد خرجنا حينئذ عن الموضوع، فالصواب ما لمصطفى، والله أعلم . / هـ كلام التسولي / هـ.

نعم، في نوازل اليازغي ما نصه:

مسألة : الإقرارُ بعمارة الذمة لازم للمقر وإن لم يبين السبب من بيع أو سلف، هذا ظاهر المتن وشراحه في الصيغ التي ذكروها في الإقرار، حيث لم

(15) وذلك في أثناء الباب المتعلق ببيان شروط القضاء وأحكامه، والذي بدأه بقوله : « باب، أهل القضاء عدل ذكر فطن مجتهد إن وُجد، وإلا فأمثلُ مقلد . .الخ .
ومعنى العبارة : وإن ادعى شخص على آخرَ بشيء من نقود أو غيرها، من دراهم أو دنانير مثلا، ولم يبين سبب ترتبها على المدعى عليه، ولم يسأله عنه الحاكم فللمدعى عليه السؤال عن السبب الذي ترتبت به الدراهم أو الدنانير في ذمته، لاحتمالِ أن لا يوجب شيئا، كبيع مسلمٍ خمرا أو خنزيرا، أو يوجب أقل من المدعى به كَربًا .

يشترطوا ذلك. ويكفي قول المقَر له: من بيع أو سلف، وحُمِل على الصحيح. فإن ادعى المقِرُّ سببا لا تعْمُرُ به الذمة فعلى المقر له اليمين، ويأخذ ما أقر له به، لقول المتن: «ولزِمَ في ألفٍ من خمر إن نُوكر»[16] الخ، وهذا ظاهر ما نقله صاحب التبصرة أولا، ثم قال بعده: وظاهر ما نقله ابن حارث أنه لابد أن يشهَدُوا عليه بأنه أقر بكذا من بيع أو سلف / هـ. وما نقله ابن حارث ضعيفٌ لا يعوَل عليه، ووقعت الفتوى بخلافه / هـ كلام اليازغي.

قلت: (وقوله: «ضعيف» الخ) لم أره لغيره، والصوابُ هو الأول، لما تقدم عن المتيطية. وقال في المعِين: قال ابن حارث: وإذا لم يبين الشهود وجه ما شهدوا به ولا فسَّروه فليس ذلك بشيء حتى يبينوا أصل الشهادة وكيف كانت، فيقولون: أسلفهُ بمحضرنا أو أقر عندنا المطلوبُ أنه أسلفه، وإن كان الدَّين من بيع فسروا ذلك فقالوا: باع منه كذا وكذا بمحضرنا أو بإقراره عندنا؛ **وقال ابن عبد الحكم**: إذا شهِدوا أن لفلان على فلان مائة دينار ولم يقولوا: أقر بذلك ولا غيرَه وإنما أطلقوا الشهادة هكذا، لم يُجْزِ، لأنهما كالخصمين في هذا حتى يقولا: أسلفه أو أقر عندنا، أو يُبَيِّنا ما شهدا به، وقد يوجد من الناس من يبيح النبيذ المسكر ويوجب له ثمنا.

تنبيه؛ قال بعض المتأخرين: ظاهر هذا أنه إذا أقر بالدين مجملا – ولم يذكر وجهه وشهدا به – أنه يؤخذ بذلك، وظاهر ما قاله ابن حارث خلافُ هذا حتى يشهدا بإقراره بالسلف أو بالمعاملة، والله أعلم / هـ.

---

[16] وذلك في أثناء باب الإقرار.
والمعنى ممزوجا بشرح جواهر الإكليل: وإن قال المقر: لفلان عليَّ ألف من ثمن خمر أو خنزير أو ميتة أو حر، فناكرهُ المقر له بأنه من قرض أو بيع صحيح، لزم الإقرارُ إن نوكرَ المقرُّ في سبب ترتب ألف في ذمته أقر بها، فليزمه الإقرار، ويعد نادما بعد اعترافه بتعمير ذمته، ومعقبا له بما يرفعه . .الخ.

ص 31 **وسئل العباسي، فأجاب : خط المقِر كلفظه،** فإذا قال : باع كاتبُهُ جميع الموضع الفلاني بكذا وكذا فهو إقرار منه بالبيع، يؤاخَذُ به إذا ثبت أن الخط له، بل لا يُشْتَرَطُ كتب اسمه فيه إذا أتى بما يدل على تعمير ذمته كما ذكر، قاله الشارح ـ عند قول خليل: «وجازت على خَط مُقِر بلا يمين»(17) ـ في الكبير. ثم إن ادعى ورثته أنه لم يقبض الثمن بعد مُضِي ما جرت العادة بعدم بقاء الثمن إليه فلا يُصَدَّقون ويجب عليهم رد الثمن وقبضُ مِلكهم إن باعه موروثهم بالبيع الفاسد . **قال الحطاب عند قول خليل: «وفي قبض الثمن أو السلعة فالأصل بقاؤهما إلا لعرفٍ كلحم وبقْل»(18) مانصه:** فالقول للبائع في عدم قبض الثمن مع يمينه، ما لم يمض من الزمان ما لا يمكن الصبر إليه كعشرين سنة ونحوها، وذلك راجع إلى العادة، فيدخل تحت الكاف في قول المصنف «كلحم» ما إذا طال الزمان في غير اللحم والبقل طولا لا يصير إليه بترك القبض، والله أعلم / هـ.

قلت: ما ذكره من صحة الاقرار إذا لم يضع المقر إسمه في الوثيقة، نقَله التسولي عن الشامل أيضا، وهو خلافُ ما في الطرر، ورجَّحْنا في نوازلنا (المنح) أنه لابد من كتابة اسمه آخرِ الوثيقة، وإلا لم يؤاخَذ بإقراره.

---

(17) وذلك في باب الشهادة وأحكامها، المشار إلى أوله في الهامش 10 .
والمعنى: وجازت الشهادة على خط مُقِرٍّ، أي بحسب دلالة خطه، بأن كتب بخطه: لفلان عندي دينار مثلا، أو زوجتُه طالق، أو عبده حر، بلا يمين على المشهود له المقر له.. الخ.

(18) وذلك في الفصل المتعلق ببيان أحكام اختلاف المتبايعين في جنس الثمن أو نوعه. .الخ.
ومعنى العبارة ممزوجة بالشرح: وإن اختلف المتبايعان في قبض الثمن بأن ادعاه المبتاع (المشتري)، وأنكره البائع، أو اختلفا في قبض السلعة بأن ادعاه البائع وأنكره المبتاع ولا بينة لمدعي القبض فالأصل بقاؤهما (أي بقاء الثمن عند المشتري، والسلعة عند البائع)، إلا لعُرف بقبض الثمن أو السلعة قبل المفارقة فالقول لمن وافقه بيمينه، لأنه (أي العُرف) كشاهد، كلحم وبقْل بان، أي إنفصل به المشتري عن البائع، قل أوكثُر، فيصدَّق المشتري لموافقة دعواه العرف في ال انفصاله به، وإلا فلا يعمل بقوله الخ.

وقد سئل العلامة سيدي محمد بن عبد القادر الفاسي عن نازلة وقع فيها اختلاف بين فقهاء الوقت، وأريد منكم ما يقع به الفصل، وهي كَتْبُ المودَع عنده بخط يده اعترافَه بالإيداع عنده، ودفعُ خطه بذلك للمودِع، فهل يتنزل منزلة الإقرار فيُصَدَّقُ في دعوى الرد، أو مَنزلة بينة التوثق فلا يُصَدَّقُ إلا ببينة؟، والحال أن المودَع يقول: إنما أردت بكَتبي الإقرار، وما دفعته للمودِع إلا ليكون له حجة بعد الموت؛ وهل بين تصديره ما كتبه بلفظ أشهد على نفسه كاتبُهُ وبين تصديره بنحو يقول كاتبه فرْقٌ أم لا؟ الخ.

فأجاب: إن إقرار الرجُل على نفسه شهادةٌ عليها، وشهادتُه عليها إقرار على نفسه على ما قاله ابن رشد، ونقله الحطاب في شرح المختصر، **ونصُّهُ**:

قال في رسم الشجرة من سماع ابن القاسم من كتاب الشهادات:

وسئل مالك عن رجُل كتب عليه رجُلٌ ذِكْرَ حقٍّ وأشهدَ فيه رجلين، فكتب الذي عليه الحق شهادتَهُ على نفسه بيده في ذكر الحق، فهلك الشاهدان ثم جَحَد، فأتى رجلان فقالا: نشهَدُ أنه كتابه بيده، **فقال مالك**: إذا شهد عليه شاهدان أنه كتابه بيده رأيتُ أن يؤخذَ منه الحق، ولا ينفعه إنكاره، وذلك بمنزلة لو أقر ثم جحد وشهد عليه شاهدان بإقراره، فأرى أن يغرم؛ **قال ابن رشد**: هذا بَيِنٌ على ما قاله، لأن شهادة الرجل على نفسه اقرار عليها، وإقراره على نفسه شهادة عليها؛ ونقله ابن عرفة / هـ.

ص 32

ونصُّ ابن عرفة: سُمِعَ ابنُ القاسم: الشهادةُ على خط رجل بحق عليه كالشهادة بإقراره به. **ابن رشد**: سواء كتب شهادته على نفسه في ذكر الحق أو كتب ذكر الحق على نفسه بيده فقال: لفلان على فلانٍ كذا وكذا ولم يكتب شهادته، والشهادة على خط المقر كالشهادة على إقراره.

قلت: قول ابن رشد: (سواء كتب شهادته على نفسه إلى قوله ولم يكتب شهادته) خلافُ ما حكى ابنُ عات في طُرره. **قال في المجالس**: إن كتب

الوثيقة بخطه وشهادته فيها نفذت، لأنه قليل ما يضرب على جميع ذلك، وإن لم يذكر شهادته فيها لم تُقبل، لأنه رُبما كتب ثم لم يَتِمَّ الأمرُ؛ وإن قال: (لفلان عندي أو قِبَلي) بخطِ يده قُضي عليه؛ وإن كتب: لفلان على فلان إلى آخرِ الوثيقة، وشهادتُهُ فيها، لم تجز إلا ببينة سواه، لأنه أخرجها مخرج الوثائق، وجرت مجرى الحقوق، ولم تُجْزِ الشهادة فيها على خطه/ هـ.

فتحصل من هذا أنه لا فرق بين قوله أشهدَ كاتبه على نفسه وبين قوله يقول كاتبُهُ: لفلان قِبَلي كذا وكذا، وأن كلا منهما إقرار وشهادة على النفس، ومثلهما: لفلان قِبَلَ فلان عند ابن رشد، وحكى ابن عات في ذلك خلافا. الخ، أُنظر تمامه فيما يأتي.

ووقع السؤال عن رجل اشترى بلدا، ثم بعد نحو نصف شهر أشهَدَ أنه نائب عن واحد من أولاده في نصفها وتَوافَقا على ذلك، ثم بعد نحو خمسة أعوام أوصى بتحبيسها ومات قائلا في وصيته:

أوصى بأن يُخرج من مختلَّفه جميعُ بلاده المسماة بكذا، التي بمحل كذا الخ، وجعل هذا الولد المقَر له هو الوصيَّ على بقية أولاده، وقومت البلاد المذكورة، وخرجت لجانب الحبس، وبقي الأمر كذلك إلى أن مات ومضت مدة، فقام إخوته على أولاده وادَّعَوا أن البلاد كلها حُبُسٌ، ونازعهم الأولاد أي أولاد الهالك الثاني، وادعو أن نصف أبيهم غيرُ حبس، بل مِلْكٌ لهم، وأنَّ جدهم إنما حبس نصفه من البلاد الذي هو ملكه، وأقاموا بينتين: لفيفيَّة وعدلية، أن والدهم كان يتصرف في نصف البلاد المذكورة إلى أن مات وتركَهُ لأهل الإحاطة بإرثه، فهل القول لأولاده أو لأعمامهم؟.

والجواب؛ الحمد لله؛ إقرار الرجل بنصف البلاد لولده وأنَه نائب عنه في شرائه عنه صحيحٌ شرعا لا يحتاج فيه إلى حيازة قبل حصول المانع قطعا،

وإنما محل ذلك إذا طال ما بين الشراء والإقرار كستة أشهر، أما ما دون ذلك كما هنا فلا، لما هو معلوم عند الكافة.

ففي أجوبة ابن رشد أنه سئل عن رجل ابتاع ثلثي دار وسكنها مع زوجه أزْيَد من ستة أعوام ثم اشترى الثلث الباقي لزوجه باسمها، وذكر في العقد أن الدار كلها خلصت للزوجة، وأشهَدَ أن ابتياعه للثلثين أولا إنما كان لها وبمالها، وتمادى على السكنى بالدار إلى أن مات وتزوجتْ الزوجة ثم ماتت، فقام ورثتها يطلبون الدار كلها بما تقيَّد على الزوج من الاعتراف. ص 33

فأجاب: لا يصح إقرار الزوج بعد المدة الطويلة في دار اشتراها باسمه أنه اشتراها لزوجه، لأنه يُتَّهَمُ أن يكون وهبها لها بعد اشترائها لنفسه، والتهمة في ذلك ظاهرة، لما تضمَّنَهُ الشراء باسم نفسه، فيُحمل اعترافُهُ لها على الهبة، وتَبطل بسكناه في جميعها إلى أن توفي، لأن من اشترى باسمه محمولٌ على أنه اشترى بماله حتى يثبت خلافُ ذلك أو يقِر به المشتري على نفسه في فور ذلك إقراراً لا تهمة فيه، والله أعلم/هـ.

ولا مفهوم للزوجة في كلامه، بل هي فرض مثال، **ولذا قال الشريف العلمي في نوازله ما نصه**: **قلت**: ومعنَى هذا أنَّ كلَّ من اشترى شيئا باسم نفسه ثم أشهدَ أنه نائب في الشراء عن غيره، فإن أشهد بذلك قُرْبَ الشراء صُدِّق، وإن لم يشهد بذلك طول المدة فمَحْمِلُهُ مَحْملُ الهبة، إن حيزت عنه في حياته وقبل مرض موته المتصل بالموت صحت، وإلا فلا، وقاله ابن رشد في الأجوبة/هـ.

ونظمه أبو زيد الفاسي بقوله:

وبالنيابة إذا ما شهدَ * بالقرب أو حيث الشراء انعقد
صحت وبعد طول صح ما يحاز * من قبل تفليس وموتٍ بامتياز

قال شارحه العلامة السجلماسي: جرى في كلام الناظم ذكر القرب والطول ولم أر مَنْ حَدَّ لذلك حدًّا، غير أن صاحب المعيار لما ذكر فتوى ابن رشد قال: يُشْبِهُ أن يكون طول المدة هنا ستة أو عشرة أشهر الخ.

وقال الشريف العلمي في نوازله: رأيت بخط والدي رحمه الله ناقلا من خط شيخه أبي عبد الله القاضي بمدينة فاس سيدي محمد بن سودة أن القُرْبَ في ذلك ستة أشهر، والله أعلم / هـ.

هذا، وأما الاحتجاج على صحة الحُبُسِ بأن الرجل المقر له أمضى الوصية في حياته لنصف البلاد حيث كان وصي أبيه، وقوَّمَهَا كلها لجانب الحبس وأخرجها في الثلث ولم يذكر ملكه لنصفها، بل سكت، وسكُوتُهُ عن ذلك يُعَدُّ رضًى بفعل والده فلم يبق له كلام فيها في حياته، فكيف يسمع فيها كلام أولاده بعد وفاته الخ، فباطل، لأن إجازته لوصية أبيه - على تسليمهما - هي ابتداءُ عطيةٍ تفتقر للحوز والقَبول من الموصَى لهم أو ممن ناب عنهم، ولم يقع واحد من الأمرين حتى مات هذا المجيز، بدليل البينتين: العدلية واللفيفية اللتين بيد الحامل، الشاهدتين أن نصف البلاد المذكورة كان بيد والدهما وفي ملكه وتصرفه مالا من أمواله وملكًا صحيحا من جملة أملاكه يتصرف فيه قَيْدَ حياة والده وبعد وفاته إلى أن مات هو الخ؛ (ص 34)

وعليه فحيث اختلَّ شرط الحوز بالمعاينة من الموصى لهم فلا عبرة بذلك الحبس، بل هو والعَدَمُ سواء، إذ الحوز بالمعاينة شرط صحة في العطايا كلها، وفي هذا كفاية، والله أعلم. قاله وكتبَه المهدي ابن محمد الوزاني لطف الله به.

الحمد لله وحده؛ وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم.

وبعدُ، فحيث ثبتت ملكية الهالك لنصف البلاد بشهادة العدول واللفيف، وتَصَرُّفُهُ فيه إلى أن مات وتركَه لأهل الإحاطة بإرثه كان قيام من

قام على ورثته في ذلك لغوا لا عبرة به، وذلك لأن القائم على ما ذكرهُ الحامل احتجّ بأمرين؛ كلاهما لا يفيد:

أحدُهما أن رسم شراء البلاد المذكورة مكتوب باسم والدهم، وهذه الحجة ساقطة، لأنه وإن كُتب باسم والدهم فقد أشهد أنه نائب في الشراء ودفْع الثمن عن ولده الهالك في النصف من البلاد المذكورة، وذلك بعد مضي نصف شهر من تاريخ الشراء، ومع الإشهاد بهذه النيابة لا يبقى للاحتجاج برسم الشراء محلٌّ، لما في نظم العمل الفاسي وشرحه.

ثانيهما أن والد الهالك المذكور، المشتري للبلاد باسمه قد أوصى بتحبيسها جمعاء على من عَيَّنَهُ في وصيته وقُوِّمَتْ البلاد بأجمعها بعد موته لتُخرج من ثلثه، وولدُهُ المقر له المذكور حاضر لذلك ولم يغيره، بل كان وصيا على بعض محاجير والده الخ.

وجواب هذا الاحتجاج أنه حيث كان النصف الذي للهالك في يده وتحت تصرفه حسبما شهدت به البينتان فإن سكوته عن فعل والده وعن التقويم المذكور لشيء من ذلك لا يضره، لعدم حوزهم عليه النصف المذكور.

وأما قول التحفة:

ص 35

وحاضرٌ لواهب من ماله * ولم يُغَيِّرْ ما رأى من حاله.
الحكمُ مَنعُهُ القيام بانقضا * مجلسه إذ صُمْتُهُ عين الرضى.

فموضوعه مع حوزه عليه كما في نص ابن رشد وغيره، وحيث لا حوز كما دلت عليه البينتان كان مجرد القول لغواً لا عبرة به، والله أعلم.
قاله وكتبه محمد الصنهاجي وفقه الله بمنه / هـ.

وسئل الإمام سيدي عبد الله العبدوسي رحمه الله عمن أقر بأن فلانا ابن عمه، هل يثبت نسبه بهذا إن لم يكن له وارث معروف، وليس هناك من يشهد بالقرابة إلا بقول المقر؟.

فأجاب : من أقر أن فلانا ابن عمه، فإن لم يكن له وارث فإنه يثبت بذلك الميراثُ دون النسب، ويحلف المقَرُّ له على ذلك على ما مضى به العمل، إلا أن يطول الزمان وهما يتناسبان ولا منكر عليهما فإنه يثبت به النَّسَبُ / هـ.

وسئل سيدي يحيى السَّراج عمن حضرته الوفاة فأقر بين يدي جماعة من الناس أنه لا وارث له إلا فلان، ولا قريب له معلوم غير هذا الإنسان، فلما توفي قام بمؤنة دفنه وكفنه المقر له، وأناس هنالك ينظرون لا يدَّعون شيئا، ثم بعد ذلك نزعوا التركة من يد المقر له مدَّعين أنهم عصبة الهالك، وأهل الحوز يشهدون لهم أنهم هم الوارثون.

فلمن يثبت ميراثه، هل للمقَر له أو لمن شهِد لهم أهل الحوز؟.

فأجاب بأنه لا يثبت ذلك لهم، ولا يرثه إلا من قامت له بينة أنه أحق بإرثه من غيره ويشهدون بالقُعْدُد. / هـ.

وسئل ابن لب عن رجل توفي وله عصبة، إلا أن الشهود يجهلون القعدد (19) الذي يجتمع فيه العصبة مع ابن عمهم.

فأجاب بأن لابد في شهادة الشهود بالعاصب أن يعلموا قُعْدُدَهُ من الموروث، بأن يعرفوا أنه ابن عمه بدرجة أو بدرجتين أو بثلاث أو بأربع، هكذا بتعيين الدرجة مع كَونهم لا يعرفون أقرب إلى الميت منه، وحينئذ يستحق الميراث، وإلا فالقبيلة تجتمع في أصل واحد، فإذا لم تُعرف الدرجة أمكن أن يكون غيره أقرب منه فصار ميراثا بشك.

---

(19) كلمة القُعدُد بضم القاف والدال الأول تُذكر عند الكلام على أسباب الإرث من نسب ونكاح، وولاء وبيت المال، وهي تتعلق بالسبب الأول الذي هو النسب، ويراد بها الشخص الذي يجمع بين وارثين أو ورثة مع الميت، أو يجمع أحدهما معه، فلو انحصر مثلا ورثة هالك في ابني عمه فلان وفلان، ولا تدري البينة القعدد فإنهما لا يرثان فيه الخ.

وأيضا فلا يصح أن يشهدوا بأنهم لا يعرفون أنه أقرب منه إلا بعد معرفتهم بدرجته. / هـ.

وسئل القاضي أبو عبد الله ابن عرضون عن رجل كان يقر بوارث طول حياته، وكان يكرر الإشهاد المرة بعد المرة، والمقَرّ له يصدقه في ذلك، ثم مات المقر عن غير وارث، فهل يرثه المقر له أم لا؟.

ص 36

فأجاب : إن كان الأمر كما ذكر فالمسألة فيها ثلاثة أقوال، ويتفق القولان المشهوران على ثبوت التوارث بالإقرار المذكور في نازلة هذا السؤال، والله أعلم، وبه التوفيق، إنتهى.

وتقييد عقبه: طالعت السؤال والجواب أعلاه؛ والذي عندَ اللخمي في المسألة أن موضوع الخلاف ما هو إلا إذا أقر المقر مرة واحدة، وأما إذا كرر الإقرار وداوم عليه فيرتفع الخلاف ويصح الإقرار، والله سبحانه أعلم، وكتب أحمد بن علي الشريف الشفشاوني / هـ.

وسئل من سيُذكر عن رجل وامرأة تقاررا فيما بينهما بشهادة عدلين أنهما لجَدٍّ واحد، وأقرت المرأة إقرارا طوعيا بأن ليس لها أقربُ من الرجل المذكور، وأن لا وارث لها إذا قضى الله بوفاتها سواه. ثم بعد سنين من تاريخ الإقرار المذكور أعادت أيضا إقرارا آخر بعدلين في مرضها الذي توفيت منه بأن لا أحد أقربُ إليها من ابن عمها المذكور، ولا وارث لها سواه، فهل ينفع هذا الإقرار الرجل المذكور ويُقْضَى له بإرثها أم لا؟، **جوابا شافيا بما جرى به العمل في هذه الحضرة الفاسية، ولكم الأجر.**

فأجاب : **الحمد لله**؛ الجواب -والله الموفق بمنه- أنه يرثها على أحد القولين حيث لم يكن لها وارث معروف؛ **قال اللخمي** : إن قال رجل لرجل: هذا أخي، فإذا لم يكن له نسب ثابت يرثه فقيل: المال لبيت المال، وقيل:

المقر له أولى، وهذا أحسن، لأن له بذلك شبهة، وقد أشار إليه في المختصر بقوله: «وفي الإقرار بوارث وليس ثَمَّ وارثٌ ثابتٌ، خلاف»[20]، وكتب عليٌّ الشدادي / هـ.

الحمد لله، المسطَّرُ أعلاه صحيح، قاله وكتبه الحسن ابن رحال المعداني لطف الله به.

الحمد لله، المسطر أعلاه صحيح. وفي المواق أن المستحب في زماننا هذا إذا لم يكن للمقر وارث معروف أن المقر له أولى من بيت المال، إذ ليس ثم بيتُ مال يُصْرَف في مواضعه، وكتب محمد المسناوي كان الله له / هـ .

وسئل أبو عبد الله سيدي محمد بن أحمد النالي عن رجل مات وتنازع في ميراثه أربعة رجال، وكلٌّ يدعي أنه أقرب إلى الميت من غيره، لأنهم كلهم يجتمعون معه في جد واحد.

فأجاب : لا يرثُ تركة الهالك إلا من يُثْبِتُ نسبه إليه، وأنه أولى به من غيره، ولا يقع التوارث بما ذكرتم في متروك الهالك ولو كان لا يَخْرُجُ إرثُهُ عن أولائك الأربعة لعدم العلم، هل هم في درجة واحدة، أو أحدُهُم أقرب من غيره، فهذا توارثٌ بالشك المنهي عنه، ويكون إرثه لبيت المال / هـ من نوازل الزياتي.

ص 37 **قال: ووجدت بخط الشيخ الإمام سيدي العربي الفاسي رحمه الله ما نصه**: التحقيق في المسألة المذكورة يُمَنَتَهُ ما أفتى به الشيخ سيدي علي بن

(20) وذلك في الفصل المتعلق ببيان أحكام تنازع الزوجين في الزوجية وثبوتها بالبينة ولو بالسماع والدف والدخان.
والمعنى: «وفي التوريث بسبب الإقرار بوارث غير زوج وغير ولد ولو أنثى، وغير معتق، كأخ أو ابن عم، والحال أنه ليس ثم وارث للمقر، ثابتٌ نسبه إليه يحوز جميع ماله أو باقيه، بأن لم يكن له وارث أصلا، أو له وارث يحوز بعضه، وعدمه (أي التوريث) خلاف، فإن كان ثم وارث يحوز جميع المال أو باقيه كابن أو أخ فلا توريث بإقراره باتفاق. .الخ.

هارون رحمه الله بما نصه: إذا تعدد المدعي للتعصيب كُلِّفُوا القُعْدُدَ، وإن اتحد لم يُكَلَّفْ إلا إثبات الموت والورثة من غير أن يُلْزَمَ الشهود أن يُلاقُوا بينه وبين الهالك في جد واحد/هـ، وهو جامع بين ما اقتصر عليه شيخ المحققين ابن عرفة في مختصر الحوفي ناقلا عن المتيطي: **أفتى ابن عتّاب** -فيمن أقرت بابن عم أبيها ولم يعرف الشهود نسبهما لجد واحد- بيمين المقر له.

وقال المتيطي: الشهادةُ بعلم أن المحيط بميراثه ابن عمه لأبيه، ولا يذكُرُ اجتماعهما في جد يسميه، تامة، وبيّن ما ذُكر في المعيار من قوله: (والذي جرى به العمل أنه لابد من ذكر الجد الذي يجتمعان فيه)، والله الموفق/هـ.

ومن جواب لبعض المتأخرين ما نصه: أن الإقرار حيث كان مع وجود الوارث الثابت النسب لا يُعمل بمقتضاه، لقول المختصر في باب الاستلحاق: «وإن استلحق غير ولدٍ لم يرثه إن يكن وارثٌ، وإلا فخلاف»[21]. وقوله في باب التنازع: «وفي الإقرار بوارث وليس ثَمَّ وارثٌ ثابت، خلاف»/هـ.

فدل كلامه في الموضعين معا على أن الإقرار بالوارث مع وجود الوارث الثابت النسب لا يصح ولا يُعمل به اتفاقا، وهو كذلك. **قال ابن عرفة**: إقرار مَن له وارث يُحيط بإرثه ولو بولاء بوارث، لغوٌ اتفاقا/هـ.

(21) وهو الفصل الذي بدأه بقوله: «فصل، إنما يستلحق الأب مجهول النسب إن لم يكذبه العقل لصغره، أو العادة لكون المستلحق لم يدخل البلد الذي ولد فيه المستلحق، أو لم يكذبه الشرع كاستلحاق معروف النسب.. الخ.

والمعنى: «وإن استلحق شخص شخصا وارثا غير ولد لمستلحقه، كأخ وعم وأب وأم، فلا يثبت نسبه له، ولا يرث المستلحق (بالفتح) المستلحق له إن وجد وارث للمستلحق، وإن لم يكن هناك وارث ففي إرثه خلاف، فالمذهب عند ابن يونس: لا إرث بإقرار، وقال ابن رشد: مذهب المدونة الإرث بالإقرار، وعزاه الباجي لمالك وأصحابه رضي الله عنهم. وخصه المختار (أي الإمام اللخمي) خص الخلاف في إرث المقر به من المقر إذا لم يكن له وارث معروف بما إذا لم يطل الإقرار بالوارث، وأما مع الطول فلا خلاف عنده في الإرث به لدلالته (أي الطول) على صدقه أي المقر، وهذا أحسن عنده من القول بأن المال في هذه الحال يكون لبيت المال، لأن له بذلك شبهة الخ عبارة اللخمي، أنظرها في الشروح.

وقال ابن هارون: فرع؛ فإن أقر رجل أن فلانا ابنُ عمه لأبيه وأمه أو لأبيه وأنه وارثُهُ جاز، وورثه المقرُّ له بذلك إذا لم يكن له عاصب معروف النسب ولا مَولى، قاله ابن القاسم وأصبغ وسحنون، فإن أتى بعد ذلك غيرُهُ وأثبت أنه وارثه كان أحق بالإرث منه / هـ.

ثم إن هذا القائم بالإقرار حسبما يظهر من الرسوم المدلى بها ليس هو المقر له نفسه، وإنما هو وارث المقر له، والإقرار لا ينفع وارث المقر له، **لقول ابن هارون أيضا:** فإن مات المقر له ثم مات المقر فقام أولادُ المقر له بهذا الإقرار لم يجب لهم ميراثٌ إذا لم يقر إلا للميت / هـ. **ونقله الحطاب وغيره، وسلَّموه.**

ونحوه في نوازل الإقرار من المعيار من جواب لأبي الوليد بن هشام بن العواد وأبي الوليد بن رشد قائلا: لأن الإقرار لا يثبت به النسب، فلم يرثه المقر له على أن نسبه ثابت منه، وإنما ورثه على مذهب مالك رحمه الله بالإقرار، ص 38 وتوريثُه به ليس بقياس، وإنما هو استحسان، مراعاة لمن يرى من أهل العلم أن من لم يكن له وارث معروف أن له أن يوصي بجميع ماله لمن شاء، الخ، والله أعلم / هـ.

ونصُّ الحطاب: فإن مات المقر له في حياة المقر ثم مات المقر وقام أولاد المقرِّ له بهذا الإقرار لم يجب لهم به ميراث المقر، إذ لم يُقر إلا للميت، إلا أن يُشهد أنه إن لم يكن باقيا في حين موته فأولاده المذكورون بنو ابن عمه، وورثته المحيطون بوراثته، قاله المتيطي / هـ.

مسألة: إذا رجع المقِرُّ عن إقراره بالوارث، هل يبطل أم لا؟، ففي آخر جواب للحفيد العقباني مانصه: إن رجوع المقر بالعصوبة عما أقر به قبل موته يُبْطل الإقرار ويمحو أثره، لمنع خلو ذلك عن أن يكون رجوعا عن الوصية أو رجوعا عن الشهادة، وكلاهما مسقطٌ حكم ما تضمنه الإقرار، إنتهى.

وكذا صرح قاضي الجزائر عبد الحق ابن علي في جواب له أن للمقر الرجوع عن هذا الإقرار، ولاكن أُنظره مع ما في الحطاب عن المتيطي، **ونصُّهُ**: فإن أقر هذا المُشْهدُ لآخر أنه وارثُهُ ولا وارث له غيره نفذ اقراره الأول وبطل إقراره الثاني / هـ.

ومثلُ ما قاله المتيطي مَذكور في الوثائق المجموعة، وفصَّلَ ابن عات في طرره بين أن يقر أولا وثانيا إلى متساويين، وبين أن يكون المقر له ثانيا أحق، ومَثَّلَ ذلك فقال: مثل أن يقول أولا: فلان ابن عمي ووارثي، ثم قال آخرا لفلان آخر: ابن عمي ووارثي، فهاهنا يكون إقراره الأول أعملَ ولا شيء للثاني. ثم قال: وأما لو قال: فلان ابن عمي ووارثي، ثم قال آخراً: فلان أخي لأبي أو شقيقي لكان الإقرار الأخير أعمل. إنتهى.

قال شارح العمل بعد نقله ما نصه: ولعل ما سبق يرجع إلى هذا التفصيل / هـ.

وقع سؤال عن وصية، وفيها إقرار الزوجة لزوجها في المرض، ونصُّها:

الحمد لله؛ أوصت فلانة لفلانة بكذا يكون مالَها وملكها، قصدت بذلك صلتها بعدما اعترفت أن بذمتها لزوجها خمسين مثقالا كان صيَّرها عليها في تمريضها في الأدوية وغير ذلك مما تحتاج إليه مدة من عامين سلفت عن تاريخه، ثم أشهدت أنها صيرت له جميع نصف الخمس من الدار التي لها بكذا في العدة المذكورة، وقَبِلَهُ المصيَّر له وحازه معاينة بأكمله من الزوج ومن الزوجة بحال مرض إلى وفي كذا / هـ.

ص 39

والجوابُ: الحمد لله؛ وصية المرأة أعلاه بالعشرين مثقالا لخديجة المذكورة حيث أشير، صحيحة، فيُقضى بها لها من ثلث الموصية بعد موتها، وأما إقرارها لزوجها بالعدة المذكورة، وتصييرها له فيها الواجب من الدار الخ فغير لازم للورثة حيث كان في مرض موتها ولا ولد لها.

ففي ابن سلمون بعد أن ذكر ما في إقرار الزوج المريض لزوجته من التفصيل ما نصه: وإقرار المرأة للرجل أيضا كما تقدم، والحكم فيهما واحد في جميع ما ذُكِر/هـ والله أعلم. وكتب محمد بن ابراهيم لطف الله به.

الحمد لله؛ ما رسم أعلاه من عدم لزوم الاقرار أعلاه صحيح إن كانت الزوجة مائلة لزوجها أو جُهل حاله معها كما في التفصيل الذي ذكره ابن سلمون المشار إليه أعلاه عن ابن رشد، **ونصُّ المراد منه**: الرجل إذا أقر لامرأته في المرض لا يخلو من ثلاثة أحوال: أن يُعلم منه إليها ميلٌ، أو يعلم بينهما شنئان، أو يُجهل الحال. فإن عُلم الميل فلا يجوز إقراره إلا أن يجيزه الورثة، وإن عُلم الشنئان فإقراره لها جائز، وإن جُهِل الحال ووُرث بكلالة فلا يجوز إقراره. **ثم قال**: وإقرار المرأة للرجل أيضا كما تقدم والحكم فيهما واحد في جميع ما ذكر/هـ.

واعتمد هذا التفصيل الأئمة، كصاحب التحفة، والمكناسي في مجالسه، والحطاب، والمواق، وغيرهم، فإذا لم يثبت بُغْضُ المرأة لزوجها ولم يثبت الدين بموجب الثبوت فتصيير الحظ من الدار غير صحيح، والله تعالى أعلم، وكتب أبو بكر المنجرة الحسني وفقه الله/هـ.

وسئل الشيخ التاودي عن رجل أقر أن فلانا ابنُ عم له، وأنه هو الوارث له، وقامت بينة على ذلك الإقرار هل يُعمل بهذا الإقرار ويثبت به الإرث أم لا؟.

فأجاب: الحمد لله؛ لا شك أنه اختلف المذهب في التوريث بالإقرار إذا لم يكن وارث ثابت النسب واستحق التعصيب بيتُ المال على قولين منصوصين، واختُلف في تعيين المشهور منهما، غير أن الذي رجَحه الأكثرُ، واعتمده قضاء وفتوى غيرُ واحد من أئمة النظر هو القولُ بالتوريث، فيأخذ المقَرُّ له جميع المال أو الباقي بعد الفرض، وهذا كله إذا ثبت الإقرار على ما

يجب بالبينة وأحسن القاضي فيها النظر محتاطا لجانب بيت المال كما قاله العبدوسي، وحلف المقر له، وإلا فلا شيء له.

قال في التوضيح: اضطرب الشيوخ في تعيين المشهور، فالباجي يقول: الذي عليه مالك وجمهور أصحابنا قَبول إقراره، ويرثه المقر له، ولا يثبُتُ نسبه بذلك، وقاله أصبغ وسحنون، ثم قال سحنون: لا يرثه، لأن المسلمين يرثونه، وقاله أشهب. وابنُ يونس ينكر نسبة الأول للمذهب، إلاَّ على قولة شاذة لابن القاسم /هـ. كلام التوضيح.

ص 40

قال المواق: وهذا الذي قال ابن يونس إنه قولة شاذة قال أبو عمر فيه: إنه قول مالك وجمهور أصحابه، **وقال ابن رشد**: إنه قول ابن القاسم في المدونة وغيرها. **وقال اللخمي**: إنه الأحسن، قال: ولو كان الإقرار في الصحة وطالت المدة، وهما على ذلك، ومرَّت السنون ولا أحد يدعي بطلان ذلك، لكان حوزا /هـ.

قال الشيخ مصطفى: الخلاف جار، سواءٌ أقر في الصحة أو في المرض، قاله في الجواهر. والمعتمدُ الإرث، لأن ابن عرفة عزاه لابن القاسم وغيره، وقال: به العمل /هـ.

وقال ابن سهل: مذهبُ أشهب هو النظر والقياس، إلا أن العمل جرى على قول ابن القاسم /هـ.

وقال العقباني: ليس الاعتماد إلا على الأول الذي هو قولُ ابن القاسم: المشهور في المذهب أنه يثبت بالإقرار المالُ، ولا يثبت به النسبُ. **قال**: وبعد تحقيق هذا القول وشُهرته وعزْوه لابن القاسم اختلف نظر الفقهاء في مُدْركه إلى آخر ما قاله في جواب له، نقله في نوازل مازونة.

وقال في المعيار عن الفقيه سيدي أبي الفضل راشد، وقد سئل عن مثل النازلة ما نصه:

الذي جَرَت عليه فتوى وليُكم ما ارتضاه معظم المتأخرين من شيوخ مذهب مالك رحمه الله أنه إن كان للمقر على نفسه عاصبٌ معروف وصدَّقه العاصب المعروف كان الميراث لمن أقر له الميت، وإن كان المقر ليس له عاصبٌ معروفٌ فميراثه لمن أقر به، ولا يثبت بذلك نسب بينه وبين المقر على مذهب ابن القاسم وحقيقة قوله حتى يتوارث بذلك سائر قراباته، وإنما يثبت بذلك المالُ خاصة / هـ.

قال: وأجاب العبدوسي عن مسألة من هذا المعنى فقال: أما إقرار الرجل أن فلانا وارثُهُ، فإن لم يكن له وارث ثابت النسب بالبينة فصحيحٌ إن لم يتبين كذبه على المشهور من المذهب، وبه القضاء، وعليه العمل، إلا أن الناس اليوم كَثُر كذبهم وحَسَدُهُمْ لبيت المال فصاروا يكذبون في ذلك، فينظر القاضي بحسن النظر، فمن اتُّهمه أسقط إقراره وإلا أعمله، وذلك ينظر فيه عند وقوعه ونزوله / هـ.

وقال ابن سهل: كان ابن مالك يفتي فيمن أقر بوارث سمَّاه ثم مات أن المقر له يحلف أن الذي أقر له به الميت من قرابته منه حق، واستدل له بما في كتاب الولاء من المدونة.

ص 41

وسئل عن المسألة ابن عتاب، فأجاب: مذهب ابن القاسم أنَّ من أقر أن فُلانا ابن عمه لا يثبت نسبه بهذا، وإنما له المال بعد الاستيناء، فإن لم يأت له طالب أخذه المقر له مع يمينه، حكى عنه هذا أحمد بن ميسر، وهو مذهب المدونة / هـ.

وقد علمتَ من هذا أن الراجح والأقوى الذي يتعين المصير إليه في القضاء والفتوى هو القول بالتوريث، لأنه الذي اتفق أبو عمر بن عبد البر والباجي وابن رشد واللخمي أنه قول مالك وجمهور أصحابه، وأنه الأحسن وقول ابن القاسم في المدونة، وأفتى به ابن عتاب وأبو الفضل وغيرهما. وقال

ابن سهل والعبدوسي والرماصي : إن به العمل، إلا أنه ينبغي أن يُحْتاط بيمين المقر له، فلابد من حلفه على صحة ذلك الإقرار كما قاله ابن مالك وابن عتاب، والله تعالى أعلم./هـ

قلت : قد أجمل الشيخ التاودي رحمه الله في هذا الجواب، والأولى تقييده بما في الحطاب عند قول المختصر : «وإن استلحق غير ولده لم يرثه»(*) الخ، ونصه : إذا بين المقر وجه نسبة المقر به إليه كقوله : هذا أخي شقيقي أو لأب أو لأم فواضح، **وإن أجمل فقال ابن عرفة : في ذلك اضطراب . قال ابن رشد** : والذي أقوله في هذه المسألة على مذهب ابن القاسم : إذا قال : فلان وارثي ولم يفسر حتى مات، أن له جميع الميراث إن كان المقر ممن يظن به أنه لا يخفى عليه من يرثه ومن لا يرثه، وأما الجاهل الذي لا يعلم من يرثه ومن لا يرثه بقوله : فلان وارثي، حتى يقول : ابن عمي أو ابن ابْنِ عمي، أو مولاي أعتقني، أو أعتق أبي، أو أعتق من أعتقني، أو ما أشبه ذلك. وكذلك إذا قال : فلان أخي قاصدا الإشهاد له بالميراث، كقوله : أُشْهِدُكُمْ أن هذا يرثني، أو يقال له : هل لك وارث فيقول : نعم، هذا أخي، وشبه ذلك. وأما إن قال على غير سبب : هذا أخي، أو فلان أخي ولم يزد على ذلك فلا يرث من ماله إلا السدس، لاحتمال أن يكون أخا لأم، ولو لم يقُل : فلان أخي، أو هذا أخي، وإنما سمعوه يقول : يا أخي يا أخي لم يجِبْ له بذلك ميراث، لأن الرجل قد يقول : أخي أخي لمن لا قرابة بينه وبينه، إلا أن تطول السنون، وكلٌّ واحد يدعو صاحبه باسم الأُخُوَّة أو العمومة فإنهما يتوارثان / هـ.

وقد أشار إلى هذا القيد في العمل الفاسي بقوله :

ص 42

ولا يفيدُ أن تُقِر بفلان * وارث أو أخوك إلا ببيان

أي ببيان وجه نسبة المقرِّ به إلى المقر كما تقدم في النقل.

(*) تقدمت الإشارة إليها في الهامش 21، قبل هذا.

ومن جواب لأبي الفضل العقباني ما نصه: والإقرار بوارث عاصب وليس هناك عاصب معلوم النسب، عاملٌ، فلو كان ثم عاصب معلوم النسب كان أحق بالوراثة من المقر له، ولو كان الميت يزعُم أن من أقر به أقرب إليه لم يعوَّل على إقراره، وكان المعلوم النسب أحق به،(هـ) بنقل المازوني.

وسئل العلامة الصالح سيدي أحمد البعل عمن أقر أن فلانا ابن عمه، هل يثبت نسبه بهذا الإقرار إن لم يكن للمقر وارث معروف وليس هناك من يشهد بالقرابة إلا قول المقر؟.

فأجاب : إن من أقر أن فلانا ابن عمه ولم يكن له وارث معروف فإنه يثبُتُ بذلك الميراثُ دون النسب، ويحلف المقر له على ذلك، على ما مضى به العمل، إلا أن يطول الزمان وهما يتناسبان ولا منكِر عليهما فإنه يثبت النسب(هـ).

وسئل أبو عمر عثمان البختي رحمه الله عن رجل كان أيام حياته يقر ويذكر للناس أنه توفي عن غير عقب، ففلان هو قريبه الذي يرثه، وهو الأقعد بميراثه، ثم توفي عن غير عقب، فأقام المقر بقرابته بينة بالسماع بذلك الإقرار، فهل يُعمل بذلك فقط أو لابد من إثبات القُعدُد واتصال القرابة بينهما؟.

فأجاب : إن لم يكن للهالك وارثٌ معروف فإقراره ثابت لمن أقر له، ويكون أولى بإراثته، وشهادة السماع عاملةٌ في الأنساب فاعلمه.(هـ).

الحمد لله ؛ في نوازل الزياتي ما نصه :

سئل بعض مسددي جبالنا عن رسم في شهادة السماع بثبوت النسب، نصه :

الحمد لله؛ يشهد من يضع اسمه عقب تاريخه بمعرفة المرحومة بكرم الله؛ حليمة بنت علي الملقب بالدليل، به دعي التطواني، والمكرَّم محمد بن علي الملقب بمصطفى من النسب المذكور المعرفة التامة، ويعلمون بالسماع

الفاشي الذائع المستفيض على ألسنة أهل العدل وغيرهم أن محمد ابن علي المذكور ابن عم حليمة بنت علي المذكور لحًّا(*)، وأنه وارثُها وعاصبُ تركتها ومستحقُّها إن لم يكن من يحجبه، إستفاض سماعهم لذلك على ألسنة الأحرار والممالك، فمن سمع الأمر كما ذُكر مستفيضاً قيد به شهادته مسؤولة منه في تاريخ كذا، ثم سطّر أسماء الشهود الذين شهدوا بذلك، إثنا عشر من اللفيف، ثم قال عقبه: شهدوا لدى من قُدِّم لذلك بموجبه فثبت.

ص 43 **ثم قيَّدَ عقبه ما نصه: الحمد لله؛ أشهد الفقيه الأجل قاضي تطوان، -وهو فلان أعزه الله تعالى وحرسها- بثبوت الرسم أعلاه وصحته لديه بواجبه، وهو حفظه الله بحيث يجب له ذلك من حيث ذكروا في التاريخ أعلاه العدل فلان والعدل فلان، ونصٌّ السؤال المركَّب عليه :**

سيدي - رضي الله عنكم - جوابُكُم عن الرسم أعلاه؛ هل يُحكم به شرعا أم لا؟، لأن بعض الفقهاء زعم أن السماع الفاشي في هذه النازلة لا يكفي ولا يقضى به إلا إن وُجِد من يجمعهم في جدٍّ، وتعذَّر الحال لطول المدة، ولم يبق إلا من يسمع السماع الفاشي الذي ليس فيه شكٍ، والسلام.

فأجاب : شهادة السماع في الوجه المذكور جائزة.

(*) يقال : لَحّت القرابة بيننا تلُحُّ بضم اللام وكسرها، لحًا إذا لصقت، أي ثبتت وتقاربت وتأكّدت وتمكنت. يقال في ذلك مثلا : هو ابن عمي لحًا، أي لاصق النسب وثابته، كما ياتي. وهو مصدر منصوب على الحال، لأن ما قبله معرفة، ومؤوّل بالمشتق لأن الحال يكون كذلك، ويقال : هو ابن عمٍّ لحٍّ، بالجر، على أنه نعت للعمّ. ويستعمل كذلك للمفرد والمثنى والجمع.

وابن مالك يقول في ذلك في ألفيته وخلاصته عن الحال وشروطه :

الحال وصفٌ فضلةٌ منتصبُ .·. مُفهمُ في حالٍ كفَرْدًا أذهَبُ
وكونه منتقلا مشتقا .·. يغلبُ لكن ليس مستحقا
ومصدرٌ منكَّرٌ حالاً يقعْ .·. بكثرةٍ كبغتةً زيدٌ طلَعْ

ومن نص على ذلك أبو الحسن اللخمي، والمتيطي في كتاب النهاية، وابن عرفة، وابن غازي في منظومه، وسيدي عبد الله العبدوسي، وابن مرزوق، وابن عبد السلام، وسيدي أحمد الونشريسي، ونقلُ كل نص من محله لا تسعُهُ البطاقة، وليس لها به من طاقة، ومن أراد الوقوف على ذلك فليطالع ما ذكرنا الخ.

ثم طولع بذلك سيدي العربي الفاسي فكتب عليه ما نصه:

لا خفاء في صحة إعمال شهادة السماع في الوجه المذكور في السؤال وأنه المشهور المعمول به ولا يحتاج إلى استظهار عليه، إذ لا معنى لإنكاره(هـ).

ثم طولع بذلك مسدد تطوان في عصرنا هذا فكتب تحته ما نصه:

شهادة السماع في الميراث عاملة، ولكن لابد من القعدد واتصال النسب، ولذلك يقول أهل التوثيق: ابنُ عم لحّاً، أي التصق به. **قال الزَّبيدي:** لحيت العود **إذا** قشرته، ومعنى ابن عم لحّاً، التصق به كالتصاق القشر بالعود. انتهى.

ثم وقفنا على هذا كله فاستشكلنا الجواب الثالث، فكتبنا للحضرة الفاسية صانها الله وحفظها سؤالا نصه:

سيدي رضي الله عنكم، جوابكم في القضية بعد تأملكم ما سطر تحتها من الأجوبة، وأن تُبينوا ما احتوى عليه الجواب الثالث فقها ولغة، وتشرحوا لنا هذه المسألة شرحا يفي بجميع وجهها، فإنه ليس هنا من يُتقن ما يتعلق بها، **والملتبس علينا من المسألة وجوه:**

الأول : إذا كان الهالك يقر أيام حياته بأن بني فلان هم بنو عمه، وعصبتُهُ المستحقون لإرثه، وطال ذلك أو لم يطل، ثم توفي وأقام المقر لهم بينة بذلك الإقرار، فهل يُحتاج في هذا الوجه إلى بيان القعدد أم لا؟.

ص 44 **الوجه الثاني** : قول المختصر: «وخصَّهُ المختار بما إذا لم يطل الإقرار»، [21م] ما قدْر الطول الذي نفى اللخمي جريان الخلاف معه، هل حدَّه العلماءُ بمقدار معلوم من السنين أم لا؟.

الوجه الثالث : إذا توفي إنسان عن غير عقب وأقام إنسانٌ بينة بالسماع أنه ابنُ عمه، فهل تكون الشهادة عاملة وإن لم يذكروا القعدد أولا تكون عاملة إلا مع ذكره؟.

الوجه الرابع : إن شهدوا أنه ابن عمه قطعا، إلا أنهم لا يُسَمُّون جدّهما الأدنى الذي يجتمعان فيه، ولكن يتحققون ذلك ويجهلون اسمه، هل يقدحُ ذلك في شهادتهم أم لا؟ إلخ.

فأجاب : العلامة أبو العباس سيدي أحمد الأبار :

المقرُّ بأن فلانا وارثُهُ وابنُ عمه من غير بيان قُعْدُدٍ، **حصَّلَ فيه ابن سهل ثلاثة أقوال؛** فصَّلَ في الثالث بين أن يبين المقر وجه اتصاله بالمقر له في جد معين فلا يمين، أو لا يُبَيِّن ذلك فتجب اليمين. وأفتى **ابن عتاب** فيمن أقرت بابن عم أبيها في عقد ولم يرفع العاقد نسبتها لجد معين بثبوت الإقرار.

وفي كلام ابن رشد ما يدل على خلاف هذا . والحاصل أن في المسألة اضطرابا وطولا، ولم يمكني استيفاءُ نقولها الآن لعوارض وأشغال عَمَرت الجَنان . **وأما شهادة السماع في النسب فلا خفاء في إعمالها** ، وفيما سطره المجيب الأول فيها من النقول مَقْنع وكفاية . **وأما طول الإقرار الذي خصه اللخمي فلم نر لذلك حدا** ، **وأما المسألة الرابعة فلم أعثر على نص فيها الخ** .

وأجاب : القاضي أبو عبد الله سيدي محمد بن سودة :

الجواب عن الوجه الأول على ما قاله ابن رشد عن ابن القاسم أنه على مذهبه التفصيل في المقر، إن كان ممن لا يخفى عليه من يرثه ممن لا يرثه

(21م) سبقت الإشارة إلى هذه العبارة في الهامش 21 قبل.

فللمُقَرّ له جميعُ المال، **وأما الجاهل** الذي لا يعلم من يرثه ممن لا يرثه فلا يرثه بقوله: فلان وارثي حتى يقول: ابنُ عمي أو ابنُ ابنِ عمي، أو مولاي أعتقني، أو أعتق أبي أو أعتق من أعتقني وما أشبه ذلك، وهذا صريح في الاحتياج لبيان القعدد واشتراطه، فإن لم يبين حيث يُطلب البيان فلا يرثه، وهذا الذي لابن رشد من التفصيل مُخالف لما أجاب به المجيب أعلاه من مسألة ابن سهل بتفصيلها.

وعن الثاني بعدم الاحتياج لبيان ذكر القعدد على ما هو ظاهر من عبارة صاحب المختصر في باب الاستلحاق والعتق والولاء، فلتُراجع عبارته فإنها مطلقة، وما رأيت لشراحه تقييدا بذلك. ولعل إطلاقه – والله أعلم – في فتياه مقصودٌ، **ويتأيَّد بما في نوازل المعيار عن اللخمي، ونصُّهُ**:

ص 45 سئل عن رجل يكون من عصبة فينقرضون ولا يجدون من يشهد إلا على السماع، ولم يقولوا: إنهم يجتمعون في جد واحد، ولا إنهم يعلمون لهم وارثا غيره.

فأجاب: إنه يُقضَى له به .(هـ) **وعند ابن سلمون**: وإن لم يَذْكُر اجتماعهما في الجد اكتفى بقوله ابن عمه(هـ).

وعن الثالث – كما قال المجيب – بعدم اطلاع على نص بتعيين مقدار الطول، ولمالك رحمه الله في كثير من المسائل الرجوع في الطول للعرف.

وعن الرابع بعدم الاحتياج إلى ذلك على ما يظهر من إطلاق نصوصهم.

ولما تكلم ابنُ المناصف في (تنبيه الحكام على مآخذ الأحكام) فيما ينبغي التثبتُ والتحفظ فيه من الغفلة في الشهادة، وذِكرُ ما لابد فيه من معرفة العين والإسم معًا، لم يذكر إلا المشهود له وعليه في كلام طويل، وما خرج على شيء من اشتراط ذلك في هذا الباب الذي هو شهادة السماع

بالنسب، ولاسيما وشهادة السماع فيما تعمل فيه ليست بقطعية، ولذا احتيج معها ليمين المشهود له، ولم يكن للمشهود له بالنسب على السماع ثبوتُ نسب، وإنما له الميراث الحاضر. قاله ابن المناصف وغيره.

وإنما جلبتُ هذا استطراداً ليُعلم به ضعفها فلا تتوقف على معرفة إسم جدٍّ أدنى، وإذا كان لا يفتقر إلى اجتماعهما في جد فلا يفتقر إلى إسمه حيث يذكر.

وأما قول المجيب الثالث: (شهادة السماع في الميراث عاملة الخ) فمُسَلَّمٌ.

وأما قوله: ولابد من القعدد واتصال النسب فهو خلافُ نصوصهم.

قال ابن سلمون في كلامه على شهادة السماع في النسب ما نصه:

قال ابن سهل: واختلف في اليمين إذا رفع نسبه إلى جد واحد، وأما إذا لم يرفعه إلى جد واحد فيقوى وجوب اليمين، وفي ذلك خلاف ضعيف(هـ).

وقال قبلُ بقريب: وإن لم يذكر اجتماعهما في جد اكتفيتَ بقولك: ابن عمه، وتمت الشهادة إن كان الشهود يحققون ذلك(هـ). وكاد هذا النقل الأخير عن ابن سلمون أن يكون(*) كافيا في الوجوه التي تضمنها السؤال أعلاه، والله تعالى أعلم(هـ).

(*) يعتبر الفعل كاد من أفعال المقاربة، وهي أفعال ناقصة - كما هو معلوم - تحتاج إلى الإسم والخبر، ويكون خبرها جملة فعلية مضارعية وقد يكون مفردا. وبالرجرع إلى الآيات القرآنية تجد الفعل المضارع في خبر كاد، سواء في الماضي أو المضارع لا يكون مقرونا بأن الناصبة، وإنما يكون مجردا منها، كما في قوله تعالى حكاية عن نبي اسرائيل في قصتهم مع البقرة: ﴿ **فذبحوها وما كادوا يفعلون** ﴾، س. البقرة، 71. وقوله سبحانه: ﴿ **والله محيط بالكافرين، يكاد البرق يخطف أبصارهم** ﴾، س. البقرة، 20 ، وقد ذُكرت كذلك في عدة آيات أخرى، دون أن يكون الفعل المضارع فيها مقرونا بأنّ الناصبة: « وفي الأثر: كاد الفقر أن يكون كفرا» بدون أن، وهو الصواب، والله أعلم.=

وسئل الشيخ التسولي عن رسم، نصه :

الحمد لله؛ حضر لدى شهيديه فلان وابن أخيه فلان، وأشهدا معا أنهما تبارءا من جميع الدعاوي كلها والتباعات بأسرها، معترفين أن لا دعوى لأحدهما على الآخر، عدا المائة مثقال التي يدعي بها الثاني على الأول من ثمن دار اللمطي لم يشملها الإبراء المذكور، وذلك بالإبراء التام الذي لا يعقبه قيام، طال الزمن أم قصُر، الخ .

ص 46

ونص السؤال : الحمد لله، جوابكم الشافي عن الرسم أعلاه؛ ما حكم المائة فيه؟ .

فأجاب : —والله الموفق— : لا إشكال في لزوم المائة مثقال للثاني في ذمة الأول، لأن مفهوم الاستثناء معمول به عند الأصوليين والفقهاء، إذ سَبْكُ الكلام حينئذ : لا حَقَّ لأحدهما في ذمة الآخر، إلا المائةُ التي يدعي بها الثاني على الأول لم تدخل في النفي، وإذا لم تدخل فهي ثابتة في ذمة المدعى عليه . . . الخ .

قلت : وهذا الجواب غلط، وإنما كتبته هنا للتنبيه عليه، لأن القول المذكور ليس إقرارا بالمائة في ذمة المقر، وإنما معنى ذلك الكلام انقطاعُ الدعوى بينهما في جميع الأشياء سوى دعوى المائة التي من قبَل الدار، فلازالت الدعوى فيها بينهما، وهذا لا يقتضي ثبوت المائة في ذمة المدعى عليه، بل يقتضي بقاء الدعوى فيها لا غيرُ، وهذا من البديهيات، والله أعلم .

= وفي ذلك يقول ابن مالك في الخلاصة :

ككان كاد وعسى لكن نَدَرْ ∴ غير مضارع لهذين خبر
وكونه بدون أنْ بعدَ عسى ∴ نَزْر، وكاد، الأمرُ فيه عُكسا

فالأكثر في الفعل المضارع بعد "عسى" التي هي من أفعال الرجاء أن يكون مصحوبا بأن، كما هو نص كثير من الآيات القرآنية، والأكثر من الفعل المضارع بعد "كاد" من أفعال المقاربة هو خلوه من اقترانه بأن، كما هو نص كثير من الآيات القرآنية، وغير هذا وعكسه في الفعلين قليل جدا في السماع والاستعمال.

وسئل أيضا عن رسم، مُضَمَّنُهُ أن شهوده سمعوا إقرار بعض الورثة أنه ملك الأرض من يد فلان، ولم يسمعوا منه تاريخ الملك، فقام عليه المقر له بإقراره المذكور.

فأجاب : الحمد لله؛ رسمُ الإقرار لا ينهض للقائم به حجةٌ، لاحتمال كونه في حالة لا يلزم فيها إقرار، كاعتذاره لبعض الورثة من الإخوة ونحوهم المدَّعين أن الأرض موروثة عن أبيهم أو جدهم، فيعتذر من الأرض بيده أنه ملكها بالشراء أو الهبة من يد فلان، والإقرارُ اعتذارا غير لازم كما في خليل، سواء كان السائل ممن يعتذر له أم لا؟.

قال الشيخ مصطفى: الذي في السماع وكلام ابن رشد هو الإطلاق، ولا يتوقَّف ذلك على ثبوت الاعتذار، بل إذا كان إقراره يحتمل الاعتذار فلا يلزمه وإن لم يدعه بأن مات(هـ) . والمقر المذكور ذكر حامله أنه قد مات، بل كذلك إذا قال المقر: أقررت في حالة الصبا، أو لا أدري أكنت صبيا أو بالغا كما في خليل وشراحه، وشهود الإقرار لم يؤرخوا وقت الإقرار، فيحتمل أن يكونوا سمعوا إقراره وقت صباه وهم قد ماتوا وفات استفسارهم، على أن النص الأول المنقول عن السماع المذكور كاف في النازلة، والله أعلم .(هـ) .

قلت: أما ما ذكره من احتمال الاعتذار والصبا فلا يؤثر في صحة الإقرار، وإلا لزم بطلان رسوم الإقرار العارية عن التاريخ كلها، ولا معنى لذلك.

ص47 **نعم،** قول هذا المقر أنه ملك الأرض من يد فلان الخ، ليس صريحا في ملك فلان، إذ اليد أعم من الملك والحوز، وما احتمل واحتمل ساقطٌ، تأمله، والله أعلم.

مسألة : تقدم في نوازل الصلح كلامُ سيدي عمر الفاسي على قول الزقاقية :

ويُقْضَى لخصم بعد نفي حقوقه * ببينة والرسم من نفيها خلا

وأنه تبع فيما قاله ابن عتاب، وهو خلاف المشهور الخ.

وقال التسولي في حاشية اللامية على البيت المذكور ما نصه: نصُّ الطرر، الذي أشار إليه هو قوله: أنظر لو انعقد بين شخصين أنه لم يبق لأحدهما قِبَلَ الآخر دعوى ولا حجة ولا يمين ولا علاقة بوجه من الوجوه كلها: قديمها وحديثها، ثم قام أحدهما على صاحبه بحق قبْل تاريخ الإشهاد، وثبت ببينة، إنه يأخذ صاحبه به ولا يضره الإشهاد، لأن ظاهر الإشهاد المذكور أنهما لم يقصدا فيه لإسقاط البينة. قاله ابن عتاب.

قال البرزلي: فعلى هذا يحتاج إلى إسقاط البينة الحاضرة والغائبة الخ.

قلت: تأمل هذا مع أنه قال: لم يبق لأحدهما دعوى ولا حُجَّةٌ، والحجة هي البينة، فإذا كانت بينته تُقبل مع كونه أبطلها، وحُجَّتُهُ مع كونه أسقطها، فكذلك تُقبَلُ إذا أبطل بينة السر والإعلان، وإذا قبلت البينة مع الاعتراف بعدم البقاء فكذلك مع الاعتراف بالإسقاط، وقد تقدم قبل -هذا يعني في قوله:

وإن عمم الإبراء، والخلعُ سابق * فقصرٌ وتعميمٌ جميعا تأهلا

أن محل الخلاف إذا لم تقم قرينة على التعميم، وأي قرينة أصرحُ من قوله لم يبق بينهما دعوى ولا حجةٌ الخ، وحينئذ فما في الطُّرر لعل موضوعه أنه قام ببينة نسيها أو لم يكن يعلمها، بدليل قوله: (لأن ظاهر الإشهاد أنهما لم يقصدا فيه لإسقاط البينة)، يعني التي لم يَعْلَمْها، وهو ظاهر قول البرزلي: والغائبة، أي التي لم يَعْلَمْهَا، وفق المختصر، فإن نفاها واستحلفَهُ فلا بينة إلا لعذر كنسيان، **وإذا كانت البينة تُقبل في دعوى النسيان فأحرى في دعوى عدم العلم**، وإذا كانت تُقبل أيضا مع الحكم بالاستحلاف واستحلافه بالفعل فكذلك مع الإبراء من غير حُكْمٍ ولا حلف، أو أحرى. **فعلى هذا يُحمل ما في الطرر**، لأن كلامه صريح فيه، وتبعه الناظم.

ص48 **وعليه فما في الحطاب** - من أنه خلاف المشهور، ونقله بعد ذلك عن ابن رشد أنه إذا كان تاريخ الإبراء بعد تاريخ الحق الذي يقوم به الآخر فلا خلاف في إعمال الإبراء وإن جُهل تقدمه أو تأخره لعدم تاريخهما أو تاريخ أحدهما دون الآخر فالمشهور كذلك أيضا الخ -. **كله خارج عن موضوعنا**، إذ ليس في كلام ابن رشد ما يدل على أن الطالب يدَّعي النسيان أو عدم العلم، بل فيه الإطلاق، فيمكن حمله على عدم ادعائه ذلك، وإلا فهو معارض لما مر عن المختصر وهو مذهب المدونة. وإن كان قد تقدم أنه خلاف الراجح.

ولعل الناظم لم يقف على كون ما في المختصر من قبولها لعذر كنسيان، خلاف الراجح فاعتمده هنا؛ وما ذكرهُ أعني الحطَّاب -عن ابن عبد الحكم، من أنه لا يُحَلِّفُهُ ولو ادعى النسيان أو الغلط واعتمده الناظم فيما مر، يعارضُهُ ما مر عن المختصر أيضا، وتقَدَّم أن تحليفه حيث لا بينة أقوى، وما هنا مع البينة فلا معارضة، فلهذا أفتى ابن عتاب بما تراه وتبعه ابن عات والناظم، وسلَّمه البرزلي أيضا.

ثم رأيت في نوازل سيدي عيسى السجستاني في رجل تبارأ مع إخوته في كل دعوى، ثم اطلع على دين كان لوالده على بعضهم وهو لم يعلم به يوم المبارأة، هل يدخل في المبارأة وإن لم يعلم به أم لا؟. **فأجاب : بأن العمل على الإبراء، لعمومه(هـ)**.

قلت : ما أولَ به كلامَ ابن عتَّاب من حمله على نسيان البينة أو عدم العلم بها غير صواب، إذ ليس في كلامه ما يُشعر بذلك، وعلى تقدير أنه صرح بذلك فلا يفيد، إذ هو خلاف المشهور. **قال الزرقاني على قول المختصر** : « فلا تُقبل دعواه وإن بصَكّ »[22] **ما نصه** : فلا تقبل دعواه عليه بنسيان أو جهل، أو أن الإبراء إنما كان مما فيه الخصومة فقط الخ، وسلَّمه الحواشي. أُنظره.

(22) سبقت الإشارة إلى هذه العبارة وتوضيح معناها وبيان موقعها في باب الإقرار.

وقال الشيخ التاودي في جواب له ما نصه: قال في النوادر، قال محمد بن عبد الحكَم: وإذا شهدت بينة لرجل أن فلانا أبرأه من جميع الدعاوي والمعاملات، ثم أراد أن يستحلفه بعد ذلك وادعى أنه غلط في الحساب أو نسي فليس له ذلك، ولو كان له ذلك ما نفعت البراءة ولا انقطعت المعاملة(هـ) .

سُقناه لتعلم أن سقوط التّبَاعَة باليمين إذا وقعت البراءة بين الخصمين من جميع الدعاوي نصا، فإذا كانت البراءة في النازلة كذلك على وجه العموم والتنصيص عليه كان مما يدخل في العموم دعوى الغلط فلا يمين على المطلوب حينئذ، والله أعلم(هـ) من أجوبته.

ص 49

وقال التسولي في فصل القراض من شرحه على التحفة ما نصه:

لو قال العامل بعد المحاسبة ودفع المال لربه بربحه: أنفقتُ من مالي ونسيت الرجوع به قبل القسمة، أو نسيت الرجوع بالزكاة ونحو ذلك، فإنه لا يصدَّق، بمنزلة من ادعى الغلط بعد المحاسبة، قالهُ ابنُ يونس وابن رشد. البرزلي: وسواء قام بالقرب أو بعد طول وهو الصواب الخ.

وأما معارضته بين قول المختصر: « وإن أبرأ فلانا مما له قبله » الخ،[23] وقوله: « فإن نفاها واستحلفه فلا بينة إلا لعذر كنسيان »[24] الخ، حيث لم

(23) أنظر الهامش رقم 13 فيما يتعلق ببيان هذه العبارة ومكانها في باب الإقرار.

(24) وذلك في الباب المتعلق بأحكام القضاء، وشروطه، والذي وقعت الإشارة إلى أوله في الهامش15.

ومعنى العبارة يتضح أكثر بذكر ما قبلها والسياق الذي وردت فيه، وهو قول المختصر: فإن أقر (أي المدعى عليه بما ادعاه المدعي) فله الإشهاد عليه (أي للمدعي الإشهاد عليه للعدول الحاضرين على المدعى عليه بإقراره خوف رجوعه عنه وإنكاره). ثم قال في المختصر: « وللحاكم تنبيهه عليه (أي تنبيهُ المدعي على الإشهاد إن غفل عنه) ، « وإن أنكر (المدعى عليه) قال: ألك بينة؟، فإن نفاها واستحلفه فلا بينة، إلا لعذر كنسيان » . أي إن القاضي يقول للمدعي عند إنكار المدعى عليه: ألك بينة على ما تدعيه؟ فإن قال: نعم، أمره بإحضارها والاستماع إليها، فإن نفاها المدعي واستحلفه المدعى عليه، أي طلب حلفه وحلّفه القاضي فعلا، وأراد=

تُقبل دعواه في الصورة الأولى وقُبلت في الثانية،فغير صحيحة أيضا، إذ في الأولى لم تُقبل، لوجود الإبراء، وفي الثانية قبلت لفقده أي الإبراء، فلا معارضة بينهما، لأنه مع الإبراء أسقط دعاويه كلها، وفي طلبه استحلاف خصمه لم يُسقطها، فصَحَّ قَبولها لعذر كنسيان؛ تأمله.

ونظيرُ هذا حكم القاضي بدون تعجيز، وحكْمُه مع التعجيز، فيُقبَلُ منه ما يأتي في الصورة الأولى إذا كان لذلك وجه دون الثانية، لكون القاضي لما أعجزه أهمل كلَّ حجة يأتي بها في المستقبل، ولا معنى لقبولها وهو قد حكم بإبطالها، تأمله. **وكذا زعمه أن قول المختصر**: «إلا لنسيان» خلاف الراجح، وأنه مقابلٌ غير صحيح أيضا، لأنه أستدل على ما قاله سابقا بقول **ابن دبوس**: إذا فصَل الحاكم بين الخصمين لم ينظر له في بينة بعد، ولم يعذر في غيبتها أو جهلها أو جهل من يجرح من شهد عليه(هـ).

وفي ابن سهل أنه الذي به العمل، وفي الشامل أنه المشهور الخ، وهو كلامٌ خال عن التحقيق، **بل المشهور هو قول المختصر**: «فإن نفاها واستحلفه فلا بينة إلا لعذر كنسيان..» الخ، **لقول التهذيب**: وإن حلف المطلوبُ ثم وجد الطالب بينة، فإن لم يكن علم بها قُضيَ له بها، وإن استحلفه بعد علم ببينته تاركا لها وهي حاضرة أو غائبة فلا حقَّ له عليه وإن قَدُمَتْ بينته(هـ). وفي الرسالة: إذا وجد الطالبُ بينة بعد يمين المطلوب لم يكن علم بها قضي له بها، وإن كان علم بها لم تُقْبَلُ منه.

ص 50 **قال ابن ناجي: وصاحبُ البينة محْمُولٌ على عدم العلم، وبه العمل**.(هـ). وقد سَلَّمَ كلام المختصر المذكور جميعُ من وقفنا عليه من

=المدعي بعد ذلك إقامة بينة تشهد له بدعواه فلا بينة مقبولة حينئذ، إلا لعذر مقبول من المدعي في عدم إقامتها كنسيان منه لها، وعدم تقدم علمه بها، ثم تذكرها، فتقبل إن أقامها وشهدت بطبق دعواه.. الخ.

الحواشي والشروح؛ منهم الحطاب والمواق والزرقاني وأبو علي ابن رحال، وأطال بجلب الأنقال على ذلك.

وقال التسولي في شرح التحفة : ما في المدونة من قبول حجته بعد الحكم إن أتى بما له وَجْهٌ، طالبا كان أو مطلوبا، صرح في معاوضات المعيار بأنه المشهور في المذهب. **وفي الوثائق المجموعة أنه الذي به العمل، وفي الحطاب ما يشهد لما شهّره في المعيار، فانظره(هـ).**

فتبين من هذا أن ما نقله عن ابن دبوس والشامل، إن كان هو لفظهما فهو مقابل، وقد نقل هو بنفسه عند قول الزقاق : « وإن قام ذو التعجيز» الخ عن الشامل أنه يُقبل عذره بالنسيان على الأشهر، ونحْوُهُ في المعيار(هـ).

ومن العجب الاستدلالُ على رد كلام المختصَر تبعا للمدونة بكلام ابن دبوس والشامل، **ولو عكس لكان صوابا، لأنهما مختصران لكلامها وتابعان لها، بحيث إن خرجا عنها لم يقبل كلامهما، وهي غير تابعة لهما ولا لغيرهما، فهي بمنزلة الفاتحة في الصلاة تجزئ عن غيرها. ولا يجزئ غيرها عنها.**

وأما العمل الذي نسبه لابن سهل فخارج عن موضوعنا، لأن محله إذا وقع تعجيز من القاضي للخصم ثم أتى ببينة بعد الحكم والتعجيز وادعى نسيانها، ونازلة المختصر تبعا للمدونة إذا لم يكن تعجيز، فبينهُما مسافةٌ وبَوْنٌ كما بين الضَّب والنون.

هذا وقد احتجَّ التسولي في شرح التحفة بكلام المختصر المذكور عند قولها: « ويوجب التقييد للمقال .·. البيتين(*) »، وفي غير ما موضع، ثم قال

(*) وذلك في فصل تقييد المقال والجواب عند إقامة الدعوى، حيث قال في ذلك :

ويوجب التقييد للمقال .·. تشعُّبُ الدعوى وعُظم المال
لأنه أضبط للأحكام .·. ولانحصار ناشئ الخصام
وحيثما الأمر خفيف بيِّن .·. فالترك للتقييد مما يَحسُنُ
فرُبّ قول كان بالخطاب .·. أقرب للفهم من الكتاب

هنا ما قال، وقد كنت كتبتُ في جواب ما نصه: وأما احتجاجه بقول المختصر: «فإن نفاها واستحلفه فلا بينة إلا لعذر كنسيان» الخ، فغير مناسب، لأنه أي التسولي بحث فيه عند قول التحفة:

ثم على ذا القول ليس يلتفت .·. لما يقال بعد تعجيز ثبت(*)

مصرحا بأنه مقابلٌ للمشهور والمعمول به أيضا بزعمه،

وكذا بحث فيه أيضا عند قولها: إلا ادعاء حبس أو طلاق .·. الخ بأنه مقابل المشهور الخ.

وعليه فكيف يحتج به وهو مقابلٌ؟!، فوقع في كلامه تناقض، لأن احتجاجه به يقتضي أنه معتمد، إذ لا يُحتج بالمقابل، وتصريحُهُ مرارا بأنه مقابلٌ يفيد أنه لا يصلح للاحتجاج به، فوقع في كلامه تخليط، ودل على أن المستدل به في فتواه لا يفرق بين الغَثّ والسمين، وأنه يتلقف(**) كل ما يجده في الصحف كيفما كان باليمين، والله أعلم، قاله وكتبه المهدي الوزاني لطف الله به.

(*) وذلك في آخر بيت من الفصل المتعلق بخطاب القضاة، ويتضح بذكر بيتين قبله، هما قوله:

وسائل التعجيز ممن قد قضى .·. يُمضَى له في كل شيء بالقضا
إلا ادعاء حُبْس أو طلاق .·. أو نسب أو دم أو عِتاق

(انظر معاني الأبيات في شروحها المتوفرة).

(**) تلقف الشيء يتلقفه إذا أخذه وتناوله بسرعة، ومن ذلك قول الله تعالى في شأن قصة موسى عليه السلام وعصاه، مع سحرة فرعون: ﴿ **فألقوا حبالهم وعصيهم وقالوا بعزة فرعون إنا لنحن الغالبون، فألقى موسى عصاه فإذا هي تلقف ما يافكون، فألقي السحرة ساجدين، قالوا آمنا برب العالمين رب موسى وهارون** ﴾، س. الشعراء، 44 ـ 48، وذلك لأن مسألة عصا موسى هي معجزة له وفي يديه من خالق الكون ومرسله نبيا لبني إسرائيل، وحبال السحرة إنما كانت أعمالا شيطانية، من العصاة والجاهلين المشعوذين، ولم يكن الباطل ليصمد أمام الحق البين الظاهر، ولذلك بمجرد ما تبين الحق لسحرة فرعون، وتبينت لهم معجزة موسى أسلموا أمرهم لله رب العالمين وآمنوا بنبوته ورسالته.

ص 51

مسألة: قال الشيخ التاودي على قول الزقاقية: ويُقضَى لخصم بعد نفي حقوقه .·. البيت، **ما نصه**: تَبعَ فيه نقلَ ابن عات عن ابن عَتَّاب كما في الحطاب، وهو خلاف المشهور(هـ).

يعني والمشهور هو ما قاله في المختصر: «وإن أبرأ فلانا مما له قبله أو من كل حق أو أبرأه، برئ مطلقا، ومن القذف والسرقة فلا تُقْبَلُ دعواه وإن بصك، إلا ببينة أنه بعده»(24م) (هـ). وقد قرره الحطاب بما في النوادر عن ابن سحنون: ومن أقر أنه لا حق له قبل فلان فهو جائز عليه، وفلان بريءٌ في إجماعنا من كل قليل وكثير، دين أو وديعة أو عارية أو كفالة أو غصب أو قرض أو قراض أو إجارة أو غير ذلك. ثم قال: ولو قال غلطت في الحساب فليس له أن يُحَلّفه، وإلا ما نفعت براءة ولا انقطعت معاملة(هـ).

قال التسولي في حواشيه: قول التاودي عن ابن سحنون: (برئ في إجماعنا من كل قليل أو كثير) إلخ، يعني إذا كان ما وقعت فيه البراءة بيد المبرأ بالفتح.

قال البرزلي: وقعت مسألةٌ اختلف فيها شيوخنا، وهي أن رجلا أبرأته أختُه من جميع تركة أبيها؛ ما كان من ذلك في ذمة أو أمانة، إبراءا تاما عاما، وقد كان في التركة أرضٌ أو دار أو عين عند غيرهما، فأراد الأخ الاختصاص به للفظ البراءة وتعميمها.

فأفتى شيخُنا أحمد الغبريني رحمه الله بأنه ليس له منه إلا قدر ميراثه، وأنه غير داخل تحت الإبراء.

وأفتى شيخنا الإمام أولا أن الأخ يختص به، فلما عُرّف بفتوى المفتي المذكور رجع إليه(*) وهو الأحسن، لأنه ليس في ذمته ولا أمانته(هـ).

(24م) سبقت الإشارة إلى هذه العبارة في الهامش 13 من نوازل هذا الباب.

(*) أي إلى قول المفتي المذكور ـ وهو الشيخ الغبريني ـ في فتواه، أو رجع إليها، أي إلى فتواه. إلخ

قلت : ويُستثنى من ذلك أيضا الإبراء من المعيَّن فإنه لا يدخل بالعموم بل بالتنصيص عليه ، فإذا قال : أبرأته من جميع الدعاوي فلا تدخل الدابة والدار والثوب ونحوها حتى ينص عليها فيقول : من داري أو دابتي ونحوها كما في الحطاب ، **وذكره ابن ناجي في الرَّبْع فقال . وقعت مسألة بالقيروان** ، وهي أن رجلا أبرأ فلانا من جميع الدعاوي كلها ، فأفتى بعض شيوخنا بأن الربع لا يدخل حتى ينص عليه ، وبه العمل(هـ) ، وإليه أشار ناظم العمل المطلق بقوله

ص 52 الرَّبْعُ من ذاك العموم خُصًّا * إلا إذا نُصَّ عليه نصا(هـ) .

قلت : وانظر قول التسولي : **ويُستثنى من ذلك الإبراء من المعين الخ** ، مع نسبة ذلك للحطاب فإنه غير ظاهر أيضا ، لقول الزرقاني على قول المختصر : « وإن أبرأ فلانا مما له قبله » الخ ، **ما نصه** : ظاهره شمولُه للبراءة من المعيَّنات كدار ، وهو كذلك ، بمعنى سقوط طلبه بقيمتها أو برفع يده عنها(هـ) . وسلَّمه بناني بسكوته عنه **وكتب عليه الرهوني ما نصُّه** : مثلُهُ في الحطاب ، وزاد : خلافا لما في الذخيرة من قولها لا يصح:أبراتك من داري التي تحت يدك ، **لأن الإبراء الإسقاطُ ، والمعيّن لا يسقط ، نعم يصح فيه الهبة ونحوها(هـ) ، وهو كلام ظاهر في نفسه** ، إلا أن المقصود من قول القائل : أبرأتك من داري التي تحت يدك أسقطت مطالبتي بها ، ولاشك أن المطالبة تقبل الإسقاط ، فالكلام على حذف مضاف ،(هـ) كلام الحطاب ، انظر بقيته إن شئت .

تنبيه : إذا وقع الإبراء العام فهل يشمل المعينات مطلقا ، رباعا وغيرها على ما هو الصواب لا على ما للقرافي ؟ ، ظاهر كلام المصنف ومن تكلم عليه أنه يشملها مطلقا ، وهو ظاهر كلام النوادر وغيرها . **وقال ابن ناجي** في شرح المدونة في كتاب الوصايا الأول : ـ ومن قال : إشهدوا أن فلانا وصيي ولم يزد على هذا فهو وصيه في جميع الأشياء الخ ـ **ما نصه** :

وقعت مسألة عندنا بالقيروان في رجل أبرأ فلانا من جميع الدعاوي كلها وقصد المبرأ في ذلك دخول الربع في المباراة، فكتب فيها لتونس.

فأفتى بعض شيوخنا على ما بلغني بأن الرَّبع لا يدخل فيما ذُكر، لأنه لم ينص عليه، ثم وقعت في هذه المدة القريبة فأفتى فيها شيخنا بأن شيوخه اختلفوا فيها بتونس، وأن الشيخ أبا القاسم الغبريني أفتى بأن الربع لا يدخل فيما ذكر(هـ)، **وعادته إذا قال : (بعض شيوخنا) ، فمراده الإمامُ ابن عرفة، وإن قال : (شيخنا) وأطلق، فمراده البرزلي.**

قلت: والقول بدخوله هو الظاهر، لشهادة ظواهر نصوص المتقدمين والمتأخرين، ولأن اللفظ صالح لشموله لذلك لغة وعرفا، فإن كان من أفتى بعدم شموله استند إلى عرف عندهم إذ ذاك فما قاله مُسلَّم، وإلا فلا وجه له، وهذا نحو ما ذكره ابن ناجي أيضا في الوكيل المفوَّض أنه لا يبيع الأصول مطلقا إلا بنص عليها على ما به العمل عندهم، لجري العرف بذلك عندهم في ذلك الوقت، وهذا العمل غير جار بفاس وما والاها في الفرعين معا، ولذا لم يذكره الزقاق ولا الشيخ ميارة ولا أبو زيد الفاسي، وقد ذكره العلامة أبو القاسم في عملياته على عادته في ذكره فيها كلَّ ما قيل فيه إنه جرى به العمل وإن لم تتوفر شروطه، فقال:

والرَّبْعُ من ذاك العموم خُصَّا * إلا إذا نص عليه نصا

ص 53

فلا يغتر به،(هـ) كلامُ الرهوني رحمه الله، وهُو حَسَنٌ بَسَنٌ.

قلت: **وفي شرح المغارسة** لمؤلفها العلامة سيدي عبد الرحمان الراشدي المجاجي مسائل من التوليج والإقرار، ظهر لي أن نذكر شيئا من ذلك فقال: فروعٌ:

الأول : سئل ابن القاسم عن الذي يبيع من ولده الصغير الأرض بعشرة دنانير وهي تساوي مائة، فقال: إن كانت في يد الأب حتى مات فأراها

موروثة، وليس للذي اشتراها إلا العشرةُ، وإلى هذا المعنى الإشارة بقولنا ثمن مثلها، لأن الثمن هنا لما كان قليلا كان مُلْغًى.

الثاني : قال الإمام ابن الشاط في بعض أجوبته : قد يدخل التوليجُ في الإقرار للأجنبي حيث لا تهمة ، لولا قيام الأمارات ، وذلك كمن باع دار سكناه من أجنبي بعشرة وهي تساوي مائة، ولم تزل في يده حتى مات.

قال ابن حبيب ومطرف وابن الماجشون : إن ذلك ليس ببيع وإنما هو عطية لم تُقبض، فتبطل وترد الدار إلى الورثة، إلا إذا كان الثمن المدفوع يُشْبهُ أو يقارب ثمن المثل فيمضي على وجه البيع.

الثالث : قال في العتبية : سئل مالك عن رجل اشترى لابن له صغير غلاما ، وكتب له كتابا ، وأشهد فيه أنه إنما اشتراه لابنه ، فمات الأب بعد ذلك بسنة، فأراد الورثة الدخول مع الولد في الغلام، فقال مالك: ليس لهم إذا أشهد الأبُ على أنه اشتراه له، **فقال ابن رشد : هذه مسألة صحيحة لا إشكال فيها** ، فإنه لا دخول للورثة مع الولد في الغلام وإن لم يُحوِّزْه له وإنما اختدمه الأب لنفسه، لأن أصل الشراء إنما هو للابن، ولم يكن ذلك هبة حتى يحتاج إلى الحوز، وإنما وهب له الثمن الذي اشتراه به فصح له ملكه بالشراء؛ ونحوُ قول مالك هذا وقع لابن القاسم أيضا في كتاب الهبات.

الرابع : قال في المتيطية: من ابتاع لمن يلي عليه من صغار بنيه أملاكا بمال زعم أنه من مال ولده المستقر له بيده ولم يذكر له وجها، أي لم يذكر لذلك المال الذي بيده، - ويزعم أنه مال لولده، - وجها يظهر به أنه للولد، كأن تكون أمه ماتت وورث منها ذلك المال الذي اشترى به هذه الأملاك أو نحو ذلك، **فقال: هل يصح له ذلك أم لا؟**، قولان:

ص 54 **أحدهما** يصح وهو قول ابن القاسم، وعليه القضاء وبه العمل، **والآخَر أنه لا يصح له** إلا إذا كان لهذا الولد مال معروف قبل الشراء، وهو قول مُطَرِّف وأصبغ.

وفي طرر ابن عات عن الاستغناء: إن ابتاع رجلا أملاكا وكتبها باسم ابنه ولا يُعلم لابنه مال، فمالكٌ يُلزمه إقراره ويجعلُها للابن وإن اعتمرها الأب أو سكنها حتى مات، وهو الصحيح، وبه العمل، لأنه قد يكون للابن مال لا يعلم، وأصبغ يجعل هذا توليجا وليس بشيء.

وقال ابن رشد عند تعرضه للكلام على هذه المسألة والتي قبلها: حمل بعضهم قول أصبغ في هذه على الخلاف لما وقع لمالك وابن القاسم في الذي يشتري لابنه الصغير غلاما كما تقدم، وليس كذلك، وإنما هما مسألتان مفترقتان، لأن مسألة الغلام اشتراه الأب من ماله لولده، ومسألة الأملاك زعم أنه اشتراه بمال الولد، فإذا لم يُعْلم للولد مال أصلا تحقق أنه توليجٌ من الأب لابنه(هـ).

وقال في المهذب : قال في الواضحة عن مُطَرِّف وابن الماجشون:

من أشهد أنه باع من ابنه داره هذه بكذا وكذا دينارًا كانت له بيده ميراثا أو من كذا وكذا، فقالا: إن ذكر لذلك وجها يعرف جاز مع يمين الولد إن كان كبيرا، وإن كان لم يُعرف لم يجز، وكان ذلك عطية تصح إن حيزت، وإلا فلا.

الخامس : قال في المهذب بعد الكلام المنقول عنه آنفا: وقال مطرف وابن الماجشون: إذا أشهد الأب أن لولده قبَلَهُ مائة دينار من وجه كذا وكذا، وذلك لا يُعْرَفُ، لم يَجُز، إلا أن يذكر لذلك سببا يُعرف فيحلف الولد، قاله علماؤنا، وقال أصبغ مثله(هـ).

وقال ابن الشاط: في العُتْبية؛ وسألته عن الرجل يقر لولده أو لامرأته أو لبعض من يرثه بدين في الصحة، ثم يموت الرجل بعد سنين، فيقوم من أقر له يطلب دينه، **قال**: له ذلك إذا أقر به في الصحة. **قال ابن رشد**: هذا هو المعلوم من قول ابن القاسم وروايته عن مالك، وهذا هو المشهور في المذهب.

ووقع في المبسوطة لابن كنانة والمخزومي وابن أبي حازم ومحمد بن مَسْلَمة أنه لا شيء له وإن أقر له في صحته إذا لم يقم عليه بدينه ذلك إلا بعد الموت، إلا أن يُعرف لذلك سببٌ، مثل أن يبيع له شيئا أو يترتب له إرث من أمه أو نحو ذلك، وهو قول له وجه من النظر.

السادس: قال ابن سلمون: فإذا ثبت في بيع التوليج أو المحاباة أن المشتري حاز المبيع في حياة البائع وحال صحته، فهل يصح ذلك ويجري مجرى الهبات، أو يبطل، لأنه لم يخرُج مخرج الهبة؟ **في ذلك قولان**، فإن لم يثبت في ذلك محاباة ولا أنه كان توليجا فهذا جائز باتفاق، سواءٌ كان في الصحة أو في المرض، إلا أنه في المرض لابد من معاينة الشهود لقبض الثمن، وإلا اختَّل البيع.

ص 55

قال ابن الحاج: ونزلت من ذلك مسألة، وهي رجل توفي وورَثَتْهُ زوجته وابناه من غيرها، وباع في مرضه خادما من زوجته، فاعترض وصي الابنين هذا البيع وقال: إنه توليج وليس بشراء، ولم يتضمن عقد البيع معاينة الشهود لقبض الثمن، **فأفتى أبو محمد بن عتاب** بإبطال البيع ورجوع الخادم ميراثا، **وبمثله أفتى ابن الحاج، وأفتى ابن رشد وأصبغ بن محمد** بنفوذ البيع وخلوصه للزوجة، **وأشار القاضي ابن حمديس بالصلح** بأن يكون نصف الخادم للزوجة ونصفها ميراثا.

السابع: قال الإمام ابن مرزوق في كتابه المسمى باختصار الحاوي في الفتاوي:

سئل ابن زيتون عن امرأة باعت لبنتها جزءا من دار فقبضَتْ بعض الثمن وقاصَّتْها ببعضه من دَين لها عليها، وعاشت الأم بعد ذلك عشر سنين، وماتت عن ابنتها وعصبة، فادعى العصبة أن البيع المذكور توليج، ولم تزل الأم ساكنة في الدار إلى أن ماتت.

فأجاب: إقرار الأم لابنتها في حال الصحة بالدين نافذ، إلاَّ أن لا يعرف للبنت مال، أو كان الثمن لا يُشبِهُ، أو يشبِهُ ولم تره البينة، ولم تزل الأم في الدار إلى موتها، فذلك توليج.

الثامن: قال أيضا: وسئل ابن زيتون عمَّن شُهِدَ لها أنها اشترتْ ربعا من زوجها، وقاصَّها بثمنه من دين لها عليه ومات، فادعى الورثة التوليج، وأقاموا شاهدا به وبتصرف الزوج في المبيع إلى الموت.

فأجاب: إن ثبت للزوجة أصلُ الدين الذي قاصَّها به فبيعٌ تام، وإلا كان ذلك عطية تصح مع الحوز وتبطل مع عدمه.

التاسع: قال ابن الشاط: سئل ابن رشد عن رجل أصابه الكبر وله مال وبنون ولم تكن له امرأة، فأوى إلى أكبر بنيه وأشهد على نفسه قبل موته بأعوام أن لابنه الذي آواه عليه دينا من نفقة أنفقها عليه، ومن دين ذكَر أنه أداه عنه، وكتب بذلك عقدا، وأشهد الإبن أن ما أدى من الديون عن أبيه(*) كان من ماله ومن مال زوجته، فصير لهما الأب في ذلك مالا، وبقي الولد يعتمر الأملاك ويغتلُّها مدة حياة الأب، والأب لم يزل على إشهاده كذلك، ثم لما مات الأب قام أولاده ينازعون أخاهم الكبير فيما حازه من مال أبيهم ص 56 واختصَّ به دونهم، وادعوا أن ما فعله الأب إنما هو توليجٌ وخداع، وأنه أدخل

(*) في الأصل: عن ابنه، ولعله سهو نسخي، والظاهر أن المراد: عن أبيه، كما يستفاد من أول العبارة وآخرها، وتقتضيه سلامة المعنى المقصود، فليُتأمل، وليُحقق.

العـداوة بينهم وبين أبيـهـم حين آواه إليـه، ولـم يجـد هذا الابن بينة على أن أباهم كان أدان دينا فأداه من عنده، ولا يُعْرَفُ ذلك إلا من قوله.

فأجاب : إذا كان الأبُ صحيحا يوم الإشهاد لابنه بما أشهد له به لا مرض به إلا الضَّعْفُ من الكبر فإنه يصح له ما أشهد به أبوه(هـ).

العاشر : قال شارح العاصمية بعد ذكر مسائل من التوليج :

ومما يناسبُ أن يُلحق بهذا المعنى أن يقر الإنسان لزوجته بمال.

ففي الطرر عن الاستغناء : وإذا أقر الزوج لزوجته بالشركة جاز إذا كان صحيحا ما لم يكن توليجا، فإن قال : أشهدكم أني قد أشركتها مع نفسي لم يجز، إلا أن يكون لها رأس مال وهو صحيح، وإلا فلا (هـ).

وقال الإمام ابن مرزوق : سئل ابن زيتون عمن مات وترك بنين كبارا وصغارا، وأمُ كل صنف خلافُ الأخرى، فادعى الكبار أن لأمهم قبَل أبيهم صداقا ولم يجدوا رسمه، فهل يطالبون تركة أبيهم بصداق المثل بعد يمينهم ما علموا أنها قبضته.

فأجاب : إن كانت عادة الموضع دفع الصداق قبل الدخول فلا كلام لهؤلاء، وإلا فيسمعُ قولهم، سيما إن أقر به الزوج، وأما قدرُه فالمرجوع فيه إلى قول ورثة الزوج (هـ). يريد أن يكون لهم عرف جار فيُرجع إليه كما نص عليه في الدرر، والله أعلم.

الحادي عشر : قال في العُتْبِيَّة : سئل ابن القاسم عن رجل حضر خروجُهُ لحج أو غزو أو سفر فيكتب وصية ويشهد لامرأته أو لبعض ولده أن لهم عليه من الدين كذا وكذا، ويضع ذلك في وصيته أو لا يضعه، أو يتصدَّق حينئذ بصدقة على ابن له صغير لم يبلغ الحوز، فيموت في سفره ذلك، **فقال** : ما صَنع من ذلك كله فهو جائزٌ إذا أشهد عليه وهو صحيح، ولا يُشَبَّهُ هذا بالمرض، لأنه

صحيحٌ، وهو أحق بماله من ورثته، ولا يُتَّهَمُ على شيء من ماله (هـ) . وانظر الفرع بعد هذا .

الثاني عشر : قال ابن الشاط : اختلَفَ المتأخرون من فقهاء تونس في الصحيح في زمن الوباء الكثير ، هل حكمه حكم المحجور عليه أم لا ؟ ،

فقال بعضُهُمْ: حكمه حكم حاضر الزحف أو أشدٌّ إذا كان الوباء كثيرا يذهب بمثل النصف أو الثلث أو نحو ذلك. **وقال بعضهم** : حكمه حكم الصحيح، ما لم يُصِبْه ذلك المرض. **قال** : ولعل أصل هذا الاختلافِ الاختلافُ في إقرار الإنسان عند خروجه لحج أو غزو أو سفر، هل حكمه حكم الصحيح في إقراره، أو حكم المريض؟، **وبالأول قال مالك وابن القاسم** ص 57 **وابن وهب** ، ورُوِي عنهم أنهم قالوا أيضا بالقول الآخر أنه كإقرار المريض، والأول هو الصواب عند أصبغ(هـ) . **والوفاء** هو المرض الذي يكثر بسببه الموت(هـ) .

ثم قال : فصلٌ في ذكر فروع من الإقرار:

الأول ؛ قال الإمام ابن الشاط في أجوبته : إعلم أن الإقرار في الصحة حُكْمُهُ اللزوم والخروج من رأس المال، **هكذا نص عليه أئمتنا ؛ قال ابن حارث** : وكل من أقر في صحته بدَين فإنه يلزمه إقراره، كان المقَرٌّ له أجنبيا أو وارثا، **وقال أبو عمر بن عبد البر في كافيه** : وكل من أقر لوارثه أو لغيره في صحته بشيء من المال أو الديون أو البراءة أو قبض أثمان البياعات فإقراره جائز عليه، لا تَلْحَقُهُ فيه تهمة، ولا يُظَنٌّ به توليج، والأجنبي والوارث في ذلك سواءٌ، ولا يحتاج من أقر وأشهد على نفسه في الصحة ببيع شيء وقبض ثمنه إلى معاينة قبض الثمن، إلا أن يكون المقَرٌّ له ممن يُعْرَف بالقهر والإكراه والتعدي، ويأتي مدعي ذلك بما يعرف به صحة تهمته .

وفي العتبية: وسألته عن الرجل يقر لولده أو لامرأته أو لبعض من يرثه **بدين في الصحة ثم يموت الرجل بعد سنين**، فيطلب الوارث المال الذي أقر له به، قال: ذلك له إذا أقر في الصحة؛ **قال القاضي أبو الوليد ابن رشد**: هذا هو المعلوم من قول ابن القاسم وروايته عن مالك المشهور في المذهب.

ووقع في المبسوطة لابن كنانة والمخزومي وابن أبي حازم ومحمد بن مسلمة أنه لا شيء له وإن أقر له في صحته إذا لم يقم بذلك عليه حتى هلك، إلا أن يُعرف لذلك سببٌ، مثل أن يكون باع له شيئا أو أخذ له شيئا من موروث أمه، وهذا قولٌ له وجه من النظر، لأن الرجل يُتَّهَم أن يقر بدين في صحته لمن يثق به من ورثته على أن لا يقوم به حتى يموت فيكون وصية لوارث. (هـ) كلام ابن الشاط.

وقال ابن سلمون: **الإقرار للوارث إما أن يكون في الصحة أو في المرض، فإن كان في الصحة ففيه قولان**: **أحدهما** أنه يأخذه من تركته في الموت ويُحَاصٌّ به الغرماء في الفلس، وهو قول ابن القاسم في المدونة والعتبية؛ **الثاني** أنه لا يحاصص به الغرماء في الفلس، ولا يأخذه من التركة في الموت، وهو قول المدنيين، للتهمة عندهم. **قال ابن رشد**: وعلى **القول الأول** فلا يُحَاصٌّ به الغرماء إلا مع الديون التي استدانها بعد الإقرار، **وأما التي قبله فلا**، فإن ثبت ميله إليه فإن المقر له يَلْزَمُهُ أن يقيم بينة على صحة ما أقر له به، واختار ابن رشد إبطال الدين مراعاة لقول المدنيين، **وإن كان الإقرار في المرض**، فإن كان له ولدٌ جاز إقراره لغيره، وإن لم يكن له ولدٌ لم يجز إقراره بحال، وكذا إن كان له أولاد أقر للذين ينحرف عنهم دون من يميل إليهم فإنه يجوز، بخلاف العكس، والصديقُ الملاطف كالوارث (هـ). وانظر ما تقدم مما يناسب هذا المعنى في أحكام التوليج.

ص 58

الثاني(*) : **قال البرزلي: وسئل المازري عن امرأة أقرت لولدها الكبير بدين، وهو معلوم بالفقر والحاجة، ولها أولاد صغار، هل يجوز إقرارها هذا أم لا؟.**

فأجاب : إن عُلمَتْ بالميل للمُقَرِّ له في المرض المخوف لم يُقبل إقرارها إلا أن يدل دليل على صِدقها، وإن كانت مائلة لمن سواه دونه جاز إقرارها، هذا هو المعمول به وهو في المدونة. البرزلي : وتفصيل هذا في المقدمات لابن رشد.

الثالث : **قال اللخمي**: إذا قال الإنسان في مرضه: إني كنت أُعامل فلانا وفلانا، فما ادعوا به عليَّ فصدقوهم. **قال ابن القاسم**: إنهم يُصَدَّقون فيما يدَّعونه من غير يمين. **وقال اللخمي**: إلا إذا ادعوا ما لا يُشْبهُ.

الرابع : **قال أصبغ وغيره: إذا قال** : من ادَّعى عليَّ من دينار إلى عشرين دينارا فاقْضُوهُ، فذلك جائز، فإن ادعى جماعةٌ؛ كلٌّ واحد منهم أقلَّ من عشرين تحاصّوا فيها، ولو ادَّعى واحدٌ أكثر من عشرين فلا شيء له، يريد إلا ببينة تشهدُ له، واختُلف فيمن ادعى عشرين، فعن مالك: يُحَاصُّ، وقاله ابن القاسم مرة، وعنه أيضا: لا يحاص ولا يعجل في ذلك، وليَكْتُمْ ولا يُفشي، وتُخْرَجُ العشرون من رأس المال.

الخامس : **قال في المتيطية: وسئل مالكٌ عن رجل قال لآخر: لي عليك عشرةُ دنانير من ثمن سلعة بعتها منك**، فقال الرجل: لا، ولكن لك عندي عشرة دنانير وديعة وقد ضاعت، **فقال**: القول قول من زعم أنها وديعةٌ بعد يمينه أنها كانت وديعة، وأنها قد ضاعت، ولا شيء عليه.

ابن رشد: هذه مسألة بينة صحيحة لا إشكال فيها، إذ لا يؤاخذُ أحد بأكثر مما يقر به على نفسه، وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «البينة

(*) أي الفرع الثاني من الفروع المتعلقة بالإقرار.

على من ادَّعى واليمينُ على من أنكر» . والذي زعم أن العشرة دنانير هي ثمن سلعة باعها منه، مدَّع، فعليه إقامة البينة، وَمُقَابِلُهُ مدعى عليه، فعليه اليمين.

السادس : قال ابن رشد بعد ذكر المسألة المتقدمة آنفا وأنها لا إشكال فيها ولا خلاف: وهذا بخلاف من دفع لشخص دراهم ثم اختلفا، فقال الدافع: دفعتها إليك سلفا، وقال القابض: دفعتها إليَّ وديعة فضاعت، فقال ابن القاسم في هذا: القولُ قولُ الدافع، وقال أشهب: القول قول القابض، وهو قول مالك أيضا في رواية ابن وهب، وهو قول ربيعة(هـ) .

ص 59 **السابع : قال في المهذَّب**: ومن أقر عند قوم أنه قبض من فلان المائة الدنانير التي له عليه، فقال الرجل: إنما أسلفتُهُ إياها صدِّق إن لم تكن للقابض بينة، قاله ابن القاسم والمخزومي في العتبية، وقيل : المقِرُّ مُصَدَّق .

الثامن : قال العقباني: قال ابن القاسم في رجل قال لآخر : أعْطني ثمن الثوب الذي بعته منك، فقال له: ما بعته مني وإنما أمرتني ببيعه: إنَّ القولَ قولُ رب الثوب، ويحلِفُ أنه قد باعه،(هـ) من الدرر؛ وأصلُهُ في رسم البراءة من كتاب الدعوى؛ وقال في المهذب: لو قال رجل لآخر: أعطني ثمن الثوب الذي بعتك، وقال: إنما أمرتني ببيعه حلف أنه باعه منه وأخذ ثمنه فإن نكل حلف الآخَرُ وبرئ.

التاسع : قال في العُتَبِيَّة: سئل عن رجل أقرَّ أن هذه البقعة بينه وبين فلان، وأن ما فيها من البنيان له وحده. قال : البنيانُ تابع للأصل، فجميعُ ذلك بينهما وهو مدَّع، وفي رواية أصبغ عن ابن القاسم. إذا كان إقراره ودعواه نسقا ليس بمفترِق، وكان الذي أقر به لا يُعْرَفُ إلا له، وليس هو إلا في يده، فليس عليه إلا ما أقر به من البقعة، والبنيانُ له وحده، ثم يُنقض أو يعطيه نصف قيمته ويكون بينهما.

العاشر : قال فيها أيضا : سئل عن رجل قال لآخر : الذي في منزلك ساكن، بأي وجه يسكنه؟، قال أسكنته فيه بغير كراء، والساكنُ في المنزل يَسْمَعُ ولا يُنكر ولا يغير، هل ترى سكوته يقطع دعواه إن ادعى بعد ذلك أن المنزل منزله؟ **قال** : لا أرى ذلك يقطع دعواه إذا أتى ببينة أن المنزل منزلُهُ، لأنه يقول : إنما ظننت أن ذلك منه لعب وملاعبة.

الحادي عشر : قال بإثر هذه :

وسئل عن رجل قيل له عند موته : هل عليك حق لأحد؟، قال : لا، قيل : ولا لامرأتك؟ قال : لا، والمرأة تسمع، ثم تقوم تطلب حقها ؛ قال : لا يضر سكوتُها، وتحلف أن حقها عليه، وتأخذه إن شهد لها به ببينة.

ابن رشد : قول ابن القاسم في هاتين المسألتين خلافُ ما قاله في رسم العارية من سماع عيسى من كتاب المديان، **والقولان مشهوران في المذهب**، منصوص عليهما لابن القاسم في غير ما موضع :

أحدهما أن السكوت عن الشيء إقرار به وإذن فيه.

الثاني أنه ليس بإقرار به ولا إذن فيه، وهو أظهرُ القولين، وأولاهما بالصواب، لقوله عليه الصلاة والسلام : «البِكرُ تُسْتَأذَنُ وإذنُها صُماتُها»، لأنه يدل على أن غير البِكر في الصمت بخلافها، وقد أجمعوا على ذلك في النكاح، فوجب أن يقاس ما عداه عليه، إلا ما يُعلم بالعادة أن أحدا لا يسكت عنه إلا راضيا به فلا يُخْتَلَفُ أن السكوت عليه إقرار به، كالذي يرى حمل امرأته فيسكت ولا ينكر، ثم ينكره بعد ذلك. ص 60

قال : قوله : (وتحلف أن حقها عليه) أي أن حقها باق عليه لم يزُل ولم تأخذه منه ولا أسقطته، وليس المراد أنها تحلف على إثبات الحق، لأن الشهادة بينهما كافية في ذلك(هـ).

ومما ينخرط في هذا السلك - أعني أن السكوت هل يدل على الرضى أم لا - ما ذكره اللخمي، وما نقله في التوضيح وغيره أن من رأى زوجته تتزوج وسكت عنها فإن ذلك لا يعد طلاقا، وبه أفتى غير واحد من المتأخرين، وزادوا: وإن حضر الوليمة وأكل الطعام ولم ينكر ولم يغير، إلا أنهم مع ذلك لم يحكوا فيه خلافا.

ومن هذا أيضا ما ذكره ابن عرفة في كتاب النكاح عن الطرطوشي أن من زُوِّجَتْ وَلِيَّتُهُ وهو حاضر ساكت فإن ذلك لا يُعَدُّ منه رضى، وعكسُ هذا من طُلِّقت وراجعَهَا زوجها وسكتت إلى أن وطئها ثم ادعت انقضاء العدة، فلا يقبل قولها.

ومثل هذا من زوجت وهي حاضرة وسكتت ولم تنكر إلى أن دخل بها الزوج، ثم تقول: لم أرض.

ومثله أيضا من سكت عن ماله بيد غيره يحوزه وينتفع به مدة طويلة، ولم يَحُدَّ في المدونة هذه المدة بل تركها لأهل العرف، وحدَّها غيره في الأجنبي عشر سنين، وفي غيره تفصيل، أنظره في المطولات.

ومثله أيضا مَن بِيعَ مالُهُ وهو حاضر ولا يغير ولا ينكر، فإنه إن كان في مجلس العقد وسكت بلا مانع ثم قام بإثر ذلك فلا كلام له في البيع وله الثمن، وإن طال فلا كلام له ولا حق في ثمن ولا مثمون.

ومثله أيضا من حضر لقسمة مال ثم قام يدعي أن له في ذلك المال حقا، فإن طالت المدة فلا شيء له.

ومثله أيضا من شهد بتحريم فرج على شخص أو عِتْق عبد، وسكتوا عن الزوج والسيد مع دوام الوطء في الأول والاستخدام في الثاني، فإن ذلك مبطل للشهادة، إلى غير هذا من المسائل، والله الموفق.

الثاني عشر : قال البرزلي : سئل أبو محمد عمن ادُّعِيَ عليه بسرقة فجحد وقال : إن ظهر لي مال فكل ما قيل عليَّ حقٌّ، ويعلم الناس أنه لا دنانير له ولا دراهم، ثم بعد ذلك بيسير قامت عليه بينة أنه صرف دينارا.

فأجاب : ما شهد به على نفسه ضعيف، لكن إن اتُّهِم وهو من أهلها شُدِّدَ عليه بالضرب والسجن لعله يُظهر ما اتُّهم به(هـ) .

ص 61 **ومثل هذا ما ذكره في الدرر عن شيخه العقباني أنه سئل عن رجل اتهم بقتل بغلة في موضع كذا**، وقال المتهم : إن رآني أحدٌ، أو ثبت عليَّ أني اجتزت هذا الموضع في اليوم المذكور فأنا قتلتها، ثم إنه شهدت عليه بينة أنهم رأوْهُ في ذلك اليوم بذلك الموضع.

فأجاب : بأنه لا يُلْزَمُ غرمُ قيمتها بمجرد ما ذكره، والله أعلم.

الثالث عشر : سئل الإمام ابن مرزوق عن السارق إذا أقر ببعض السرقة وجحد الباقي، هل يلزمه جميع ما يدعي به المسروق منه أم لا؟.

فأجاب : الحمد لله؛ ليس على المقر إلا ما أقر به، ويحلف على ما سواه(هـ) .

الرابع عشر : سئل العقباني عن رجل رآه آخرُ خارجا من بيت أخيه وتحت إبطه ثياب ، فقال له الرجل: لم سرقت مال أخيك؟، فقال له : دعني أسرق مال أخي، لا تدخلْ بيننا بشيء، ثم زعم رب الدار أنه ضاع له شيء من ماله، فهل يؤخذ هذا الشخص بهذا الإقرار أم لا؟.

فأجاب : الحمد لله، إن كان هذا الكلام من المشهود عليه خرج على وجه المزاح واللعب فلا شيء عليه، وإن شهِد أن ذلك صدر منه لا على وجه اللعب فالإقرار صحيح يؤخذ صاحبه به(هـ) . والله أعلم.

ص 61

نوازل الوديعة والعارية[1]

قال في المفيد : ومن كانت عنده وديعة فغاب ربها وانقطع خبره كان عليه أن ينتظره بها إلى أقصا ما يُرجى مثله، فإن أيِسَ من حياته دفعها إلى ورثته، فإن لم يكن له وارث تصدق بها عنه(هـ).

وقع السؤال عمن دفع مالا، له بال، لرجل كبير القدْر على وجه الوديعة بخط يده، فخرج لعزيب له بالبادية فتخاصم مع عبيده، فقاموا إليه ليلا وقتلوه، فطلب من ورثته أن يؤدوه ماله، فدفعوا له بعضه، ثم ادعَوا أن المال كان عنده بالعزيب، ولما قُتِلَ نُهب جميع ما كان عنده بالعزيب، ومن جملته ذلك المال المودع عنده، فهل يُقبل قولهم فيما ادَّعَوه أم لا ؟

فأجبت : **الحمد لله**؛ حيث ثبتت الأمانة عند الهالك بخط يده ومات بالقرب فالواجب غُرمُها من تركته قبل الإرث فيه، لأنها دين من الديون، فتُقَدّم على الميراث.

قال في المختصر عطفا على ما فيه ضمان الوديعة ما نصه : "وبموته ولم يُوص بها ولم توجَد في تركته..."[2] الخ.

---

(1) خص الشيخ خليل رحمه الله تعالى كلا من الوديعة والعارية وأحكامهما بباب خاص، كما هو شأن الكثير من المؤلفات الفقهية، فقال في ذلك: باب، الإيداعُ توكيل بحفظ مال، تُضْمَنُ (أي الوديعة) بسقوط شيء عليها في نقل مثلها.. الخ.

وقال في الإعارة: باب، صَح ونُدب إعارة مالك منفعة بلا حجر وإن مستعيرا، لا مالك انتفاع، من أهل التبرع عليه عينا لمنفعة مباحة..الخ.

(2) وذلك في باب الوديعة المشار إليه.

والمعنى: وتُضمن الوديعة بموت المودَع عنده، والحال أنه لم يوص بها ولم توجد بعينها من تركته، فيوخذ عوضها منها، ويُحمل على أنه تسلفها أو أتلفها، ويكون ذلك الأخذ للعوض في كل حال، إلا أن يطول الزمان كمرور عشر سنين من يوم إيداعها، فيحمل على ردها لربها.. الخ.

وفي ابن عرفة ما نصه : "وفيها مع آخر قراضها: من هلك وقبَله قراض وودائع ولم توجد ولم يوص بها فذلك في ماله، ويُحَاصُّ بذلك غرماؤه". ومثله سمع ابن القاسم. ابن رشد، لا أعلم فيه خلافا الخ.

ص 62 **وأما اعتذار الورثة بأنها نهبت منه بعد قتله الخ**، فلا ينفي ضمانها، بل يقرره.

أما أولا فبتقدير أن الأمانة المذكورة كانت عنده بالعزيب، وإن كان هذا مستبعدا، فلا يكفي في دعوى تلفها مجرد قتله، بل لابد من أمر أخصَّ منه، لقول المختصر في باب الرهن، عطفا على ما فيه الضمان: «أو عُلِمَ احتراق محله إلا ببقاء بعضه مُحْرَقا»(2م). **قال أبو علي بن رحال في شرحه**: أي إن الضمان على المرتهن ثابت ولو عُلم أن محله حرق وادَّعى أن الرهن كان مع ما احترق، لاحتمال كذبه، إلا أن يأتي بالثوب مثلا وبعضه محروق، فحينئذ يصدق.

وعلى هذا فلا يبرأ من الضمان إلا بمجموع أمرين: **أن يُعلم** أن بيته أو حانوته الذي فيه متاعه قد احترق، **وأن يأتي** بالثوب محروق البعض. وزاد أبو محمد أمرا آخر، وهو أن يُعلم أن النار من غير سببه(هـ). فلو كان مجرد قتله هنا ينفي الضمان لكان علم احتراق المحل ينفيه، وقد علمت أن الأمر بخلافه وإن كان موضوع المختصر هو وضع الرهن في محله، بخلاف ما هنا.

وأما ثانيا فإن ذهابه بتلك الأمانة وسَفَرَهُ بها لعزيبه موجب لغرمه، لما فيه من التفريط والتعريض للضياع؛ قال في التحفة :

ويضمَنُ المودَع معْ ظهور * مخائل التضييع والتقصير

(2م) والعبارة من أولها هي قوله : وضَمنه مرتهنٌ إن كان مما يُغاب عليه (أي يمكن إخفاؤه مع وجود، كالحلي مثلا)، ولم تشهد بينَة بكحرقه، ولو شرط (المرتهن) البراءة (من الضمان)،لأن الضمان للتهمة، أو عُلم احتراق محله (لاحتمال كذبه، وأنه لم يضعه فيه)، إلا ببقاء بعضه مُحْرقا، وأُفتي بعدمه في العلم (أي بعدم الضمان في صورة العلم باحتراق محل الرهن مع دعوى المرتهن أنه وضعه فيه... إلخ.).

وقال في المختصر عطفا على ما يوجب ضمانها: «أو سفره بها»(*) الخ. **وقال أيضا**: «وَبِبَعْثِهِ بها». **قال الزرقاني**: ومثله في ضمانه ذهابه هو بها بغير إذن ربها كما في التوضيح. **قال الشيخ بناني**: هذا هو الذي يدل عليه ما في التوضيح إلى أن قال: وأقره أبو الحسن على ظاهره(هـ)، والله أعلم، قاله وكتبه المهدي لطف الله به.

ووافق عليها جماعةٌ من المفتين تركتُهُمْ خشية الطول، وعارضَها بعض المعاصرين بما لا ينبغي كتبه قائلا: إنَّ ضمانها مقيد بغير دعوى التلف أو الرد، وإلا فلا ضمان كما هنا الخ.

فأجبت عنه: **الحمد لله**؛ لا مزيد في النازلة على ما قلناه ووافق عليه غيرُ واحد ممن يُعتد بفتواه؛ **ويؤيده قول المعيار، نقلا عن المازري**: إن المشهور في المذهب إن لم توجد (أي الوديعة) بعينها تعلقت بذمته. وقيل: لا تعلق لها بذمته، لاحتمال ضياعها، وهو القياس عند بعض شيوخنا(هـ).

ص 63 **وفيه أيضا عن المازري**: النظر يَقتضي أن الأمانة لا تتعلق بذمة الميت، لاكن في المدونة، ـ وهو المشهورُ عن جماعة الأئمة وغيرهم ـ، تعلُّقها بتركة الميت، وعلله حذاق الأصحاب بأنه يُحمل على أنه تسلفها(هـ). وعلى هذا المشهور ذهب في المختصر، حيث قال: «وبموته ولم يوص بها ولم توجد في تركته»(**)، وسلمه شراحه وحواشيه ولم يقيدوه بدعوى التلف. وأما الكلام المسطَّر في الفتوى أعلاه فخطأ صراح بلا شك ولا اشتباه، لوجوه:

أولها أن قيد التلف الذي اعتمد عليه المفتي إنما هو مذكور في القراض، فتنزيله في الوديعة وإفتاؤه به، وردُّه على جماعة المفتين به ليس على ما ينبغي، ولو كان جاريا حتى في الوديعة لَذَكَرَه الشراح فيها ولم يُهملوه،

(*) العبارة ذكرت في أول باب الوديعة وأحكامها، المشار إليه في الهامش 1.
(**) تقدمت الإشارة إليها في الهامش 2 من نوازل هذا الباب.

وحيث لم يقيدوا كلام المختصر به دل ذلك على إطلاقه. **وفي القراض ذكره الزرقاني، ونصه**: فإن ادَّعى ورثتُهُ أنه ردَّهُ قبل موته، أو تلَفَهُ بسماوي، أو خسرَ فيه أو أخذ ظالم ونحو ذلك مما يُقبل فيه قولُ موروثهم لم يؤخذ من ماله الخ.

ثانيها: على تسليم أن هذا القيد جار في الوديعة فلا يصح تنزيله على هذه النازلة، لأن موضوعه: إذا ادعى الورثة التلف من موروثهم في حياته معتمدين على إخبار موروثهم بذلك، والورثة هنا لم يدَّعُوا التلف منه في حياته.

ونصُّ البهجة: وما لم يدّع ما يسقطه من تلف ونحوه قبل موته، أو يدعي الورثة أن موروثهم رده لربه أو تلف منه قبل موته فإنهم يصدَّقون الخ.

ونصُّ الشيخ الرهوني: فكيف مع دعواهم ذلك واستنادهم فيه لقول موروثهم الذي كان قوله فيه مقبولا.. الخ.

ونصُّ المحشي بناني: هذا القيدُ أصله للعوفي. **قال أبو علي: وهو خطأ**، فإن الورثة إن قالوا: موروثُنا ذكر لنا هذا، وقامت البينة على قوله فهذا لم يمت العامل حتى برئ من المال، وقد لا يبرأ لأجل اليمين حيثُ كان مُتَّهَما، وإن لم يكن إلا مجردُ قولهم لم (يُصدَّقوا)، لأن العامل هنا إنما صُدّق، لأن رب المال رضيه أمينا كما علل به اللخمي، ولم يرض أمانة الوارث.

وأيضا، هذا القيد خلاف ظاهر المدونة وشروحها وابن الحاجب وابن شاس وأتباعهما وابن عرفة وغيره، والفتوى بالقول الضعيف لا تجوز كما لا يخفى.

ولنرجع لكلام المفتي فنقول:

قوله: (قال العلامة الرهوني في حاشيته: قد اعتمد القيدَ المذكور الأجهوري وأتباعه، وقيَّدُوا به كلام المصنف هنا وفي باب الوديعة الخ)، **غيرُ صواب**، بل لم يقيدوه في باب الوديعة أصلا، وإنما ذكره الزرقاني فقط في باب القِراض، واعترضه المحشي بناني لا غير، ومن ارتاب في ذلك فليراجع.

ص 64

وكذا قوله: (وأما تخطئة أبي علي بن رحال للعوفي في هذا القيد فلم يأت عليها بدليل الخ) من أعجب ما يُسمَعُ، إذ لو لم يكن في ذلك إلا تَفَرُّدُ العُوفي بهذا القيد عن الناس كلهم مع مخالفته لظاهر المدونة وشروحها لكان كافيا، فكيف وقد خالف فيه ابنَ الحاجب وابنَ شاس وابنَ عرفة وغيرهم.

وقوله: (والعجَبُ من بناني في جزمه بالتخطئة مع أن الضمان من أصله مشكل ومخالف للقياس الخ) من نمط ما قبله، إذ القول بنفي الضمان مخالف للمشهور كما تقدم عن المازري فلا يحتج به، واستشكالُ المشهور، ومخالفتُهُ للقياس، كلاهما لا يُعدُّ قولا ولا يفيدُ شيئا.

وقوله: (إذا علمت هذا فدعوى ورثة المقتول نَهْبَ الوديعة من العزيب مقبولة، والقرائن تدل على صدقهم الخ) مجرد تفقه منه، مخالف للمنصوص، فلا عبرة به، إذ النص أن دعوى التلف من الورثة غيرُ مقبولة كما تقدم عن المحشي بناني حيث قال: وإن لم يكن إلا مجرد قولهم، أي من غير أن يقولوا: موروثُنا قال لنا ذلك، لم يُصَدَّقوا، لأن العامل هنا إنما صُدق لكون رب المال رضيه أمينا كما علل به اللخمي ولم يرض أمانة الوارث(هـ). فالنص هو عدمُ تصديقهم، والمفتي خالفه فلا اعتداد به.

(**وزعْمُهُ أيضا أن الورثة إنما لم يذكروا التلف أولا**، بل إنقادوا لدفع الأمانة ودفعوا بعضها لأجل التثبت الخ) **كلام لا معنى له**، لأنه صرح في أول فتواه بأن الورثة لم يكن عندهم علم بالوديعة أصلا، فهو مناقض لقوله هنا أنهم أرادوا التثبت، فوقع في كلامه تدافع. والحقُّ أن الورثة أرادوا أن يذهبوا على المنهج الشرعي القويم ثم بدا لهم في أكل أموال الناس بالباطل، فالصَّواب إنفاذ الحكم بقول المختصر: «وبموته ولم يوص بها ولم تُوجد في تركته»(*)، والله أعلم، – وكتبه المهدي لطف الله به –.

(*) تقدمت الإشارة إليها في أول هذا الباب، وفي الهامش رقم 2 منه، وفي هامش آخر بعده. وأنها ذكرت في باب الوديعة وفي سياق الكلام على أسباب وحالات ضمانها من المودع عنده.

وسئلت عمن دُفعت دراهم لرجل يبلغها إلى رجل في بلد آخر، فزعم أنه بلَّغها له، وأنكره المرسل إليه، وزعم أنه لم يبلغه شيئا، وتنازعا في ذلك.

فأجبت: الحمد لله؛ حيث أقر المدعى عليه بقبض الخمسين ريالا ليبلغها إلى فلان وزعم أنه بلغها له، وحضر المرسل إليه وأنكر أن تكون الدراهم المذكورة وصلت إليه، فالغُرم لازم، لتفريطه بعدم الإشهاد على دفعها لمن أُرسلت إليه؛ قال في الرسالة(*): «ومن قال: دفعتُ إلى فلان كما أمرتني فأنكر فعلى الدافع البينة، وإلا ضمن»(هـ).

ص 65

وفي المواق نقلا عن المدونة: قال ابن القاسم: إن باع الوكيل ولم يُشهد على المبتاع فجحَده فإنه ضامن، كقول مالك في الرسول يقول: دفعت البضاعة، ويُنكِر المبعوثُ إليه: إن الرسول ضامن، إلا أن تقوم له بينةٌ أنه دفعها إليه(هـ)، وإلى ذلك أشار في المختصر عطفا على ما يُوجب ضمان المودَع بقوله: «أو المرسَل إليه المنكِر»(**). قال المواق في شرحه من المدونة: مَن دفعت إليه مالا يدفعه إلى رجل فقال: دفعته إليه، وأنكر ذلك الرجلُ، فإن يأت الدافع إليه ببينة ضمِن، قبضَ ذلك منك ببينة أو بغير بينة(هـ).

وقال القلشاني: القاعدة أن كُلَّ من دفع إلى غير من دفع إليه فعليه أن يُشهد على المدفوع إليه حين الدفع، فإن لم يُشهِد وأنكر المدفوع إليه ضمِن الدافع، لتفريطه بعدم الإشهاد. **قال ابن يونس:** وكل من دفع إلى غير اليد التي دَفَعَتْ إليه فعليه البيان، أصله الوصي؛ **قال الله تعالى: ﴿فإذا دفعتم إليهم أموالهم فأشهدوا عليهم﴾**(***). **قال ابن القاسم:** ومن بعث بمال وصية أو هبة أو

(*) المراد بها كما سبقت الإشارة إليه رسالة الشيخ أبي محمد عبد الله بن أبي زيد القيرواني رحمه الله.

(**) وذلك في باب الوديعة وأحكامها.

أي تُضمنُ الوديعة بدعوى الدفع إلى المرسل إليه، المنكر لتسلمها ممّن دفعها له، ومفهوم (المنكِر) أنه لو أقر المرسلُ إليه بتسلمها لبرئَ الدافع.

(***) س. النساء، 6، وتمامها قول الله تعالى: ﴿ وكفى بالله حسيبا ﴾.

صدقة مع رجل وأنكر القابضُ فعلى الرسول البينة، وإلا غرم(هـ)، وفيه كفاية، والله أعلم، قاله وكتبه المهدي لطف الله به.

ووقعت نازلة اختلف فيها أهل العصر مع القاضي التسولي شارح التحفة؛ ومُلَخَّصُهَا: **رجلٌ توفي زمن ولاية سيدي العباس ابن سودة القضاء، ولم يوص أحدا على أولاده، فذهب القاضي المذكور وأمَّنَ متاعه عند شخص،** ثم بعد ذلك أمر المودَعَ عنده بدفع بعضه للفقيه سيدي محمد اليازغي، وثبت ببينة عادلة الإشهادُ على الإذن من القاضي والدفع المذكورَيْن معا، ثم توفي المامور والآخِذ، وتعذر الأخذ منه، فهل لا ضمان على الأمين الأول، لكونه استند في الدفع على إذن من ائتمنه عليه أم لا؟.

فأجاب أولهم: الحمد لله كما ينبغي لجلاله، وصلواتُهُ على سيدنا محمد خاتم أنبيائه وأرساله؛ وعلى صحبه وآله.

الجواب أن الأمين المذكور حيث وضع القاضي عنده مال الأيتام المذكورين ثم أمره بدفع بعضه لمن ذُكر فلا ضمان عليه، لأنه استند في دفعه لمن ائتمنه عليه حيث ثبت الإذن. **ففي المختصر**: «وبدفعها مُدَّعيا أنك أمرته به وحلفت، وإلا حلف الآخَرُ وبرئ، إلا ببينة»[3] إلخ. والشاهدُ في قوله «إلا ببينة»، ولا يتوقف ذلك على تسجيل القاضي، بل لو طالبه القاضي بدفع ما ائتمنه عليه لوجب عليه ذلك. **قال في النوادر**: من أودعتَهُ وديعة وأقررت أنه لزيد الغائب ثم طلبت قبضها فلك ذلك بالحكم، وليس إقرارك أنها لزيد

ص 66

(3) العبارة هذه أيضا في باب الوديعة، وفي سياق ما تُضمن به من طرف المودَع عنده.
والمعنى: وضمن الوديعة بسبب دفعها لشخص غير مودعها، مُدَّعيا أن صاحبها المودِع لها أمر المودَع بدفعها لذلك الشخص، فأنكر المدعي وحلف أنه لَم يأمر ذلك الشخص بأخذها، وإن لم يحلف المودِع بالكسر على عدم أمره للشخص بأخذها حلف المودَع أن المودِع أمره بدفعها للشخص، وبرئ من ضمانها، وإن لم يحلف ضمنها في كل حال، إلا بشهادة بينة على الأمر من صاحبها بالدفع لذلك الشخص، فيبرأ، ولا ضمان عليه، ويرجع على قابض الوديعة وآخذها بعوض ما غرمه إن شاء.. الخ.

يمنعك من قبضها في غيبة زيد، لأنك الذي أودعتها .(هـ) . نقله ميارة في (زُبْدَةِ الأوطاب) مسلَّما، وفي كلام ابن عرفة إشارةٌ لذلك، وإِذْنُ القاضي معتبَر يبرأ به المأخوذ منه، كان مسجَّلا أو غير مسجل، وفعلُهُ محمول على السداد والكمال حتى يثبت خلافه، قاله ابن لبابة وغيره كما في نوازل المعاوضات من المعيار .

وأما الأجرة على حِفظ ذلك المال فقد قال في المختصر تبعا لابن الحاجب وغيره : « ولا أُجرةُ حِفظها، بخلاف محلها »[4].

وقيده ابن عبد السلام بمن حالُهُ يقتضي طلب الأجرة، وذكره في التوضيح وأقره، وتعَقَّبه البساطي بأن طلب الأجرة يُخْرِجها عن الوديعة إلى الإجارة. **ثم قال :** نعمْ، لو أذن له في حفظه[*] ولم يُعين إجارة ولا وديعة لكان له مثلُ ذلك، وتقييد ابن عبد السلام جار في ذلك كما في المواق، وحينئذ فإن كان حال الأمين يقتضي طلب الأجرة فيُحكم له بها، راجع المواق، والله أعلم، وكتب بدر الدين الحسني، لطف الله به .

الحمد لله؛ صحيحٌ ما سطِّر أعلاه من عدم ضمان الأمين المذكور الدافع بإذن القاضي المؤمَّنِ عنده ذلك المال، لاستناده في دفعه إلى إذن من ائتمنه عليه، ومن كون الأجرة إنما تجب في ذلك المال على الوجه المبين أعلاه، وعليه يوافق عبد ربه تعالى محمد بن عبد الرحمان، لطف الله به(هـ) .

(4) العبارة في باب الوديعة، وفي سياق بيان ما لا يسوغ للمودَع عمله فيها، حيث قال في ذلك : « وليس له الأخذ منها لمن ظلمه بمثلها، ولا أجرة حفظها، بخلاف محلها . . الخ .
والمعني : ومن ظلمه إنسان في مال، ثم أودع عنده مالا قدر ماله أو أكثر فليس للمودَع عنده الأخذُ من الوديعة المملوكة لمن ظلمه في بيع أو غصب أو إيداع، فليس للمودَع في جميع تلك الأحوال الأخذ بمثلها عند الإمام مالك رضي الله عنه، لحديث : « أدِّ الأمانة لمن ائتمنك، ولا تخن من خانك » .
وليس للمودَع عنده كذلك أجرةُ حفظها، لأنه ليس من سنتها، ولخروجها عن اسمها بأخذ الأجرة عليها، بخلاف أجرة محلِّها، فله أخذها . . الخ .
(*) في حفظه بتذكير الضمير، أي حفظ المال المودع، الذي سبق ذكره في الصفحة قبل هذه. فالضمير عائد عليه.

وتقَيَّدَ عَقِبَهُ تصحيحاتٌ من فقهاء الوقت نحو أربعة عشر فقيها.

فلما وقف القاضي التسولي على الأجوبة المذكورة لم يقبلها ولا التفت إليها، وحكم على ورثة الأمين الأول بغرم ما دفعه موروثهم للرجل المذكور، مستندا في حكمه ذلك على قول المختصر: « ولم يُشْهِدْ على حاكم قال. ثبت عندي إلا بإشهاد »(5)، فردوا عليه الحكم المذكور وأبطلوه.

فكتب عليه المجيبُ الأول:

الحمد لله حمدا يستوعب الكمالات، وصلواتُه على سيدنا محمد أشرف المخلوقات، وعلى آله وأصحابه ذوي الفضل والكرامات.

وبعد، فالحكم أعلاه لا تقوم به لماسكه حجةٌ، ولا تتضح له به محجة، لمخالفته لكلام المتقدمين والمتأخرين، ولا يَصِح الاحتجاج على الأمين المذكور بقول المختصر في باب الشهادة: « ولَم يُشْهِد على حاكم قال ثبت عندي » كما يدل له ما في المواق وما شرحه به الشراح وسلَّمه المحشون، والله أعلم، وكتب بدر الدين الحسني لطف الله به.

وأجاب المفتي الثاني بقوله: ص 67

الحمد لله، وصلى الله على سيدنا ومولانا محمد الذي لا نبي بعده.

ما رسم أعلاه من بطلان ذلك الحكم صحيح، وما استدل به على بطلانه واضح صريح. وأما ما استند له القاضي في حكمه من نص المختصر فإنما هو مُصادرة لاشك فيها، لأن معنى كلام المختصَر لا يَشهَدُ على حاكم بقوله: ثبت عندي لفلان كذا حتى يُشهده الخ، **وتقَيَّد عقبه تصحيحات من باقي فقهاء العصر، والله أعلم(هـ).**

(5) العبارة في باب الشهادة، كما أشار إليه الشيخ الوزاني رحمه الله في نفس العبارة الآتية بعد. والمعنى: ولا يشهد شاهد على حكم حاكم قال (أي الحاكم) : ثبت عندي لزيد مثلا كذا، أو حكمت له به، إلا بإشهاد منه للشاهد، بأن يقول له: إشهد عليّ به الخ.

قلت : **قال في المعيار**: وسئل – أي اللخمي – عمن توفي وعنده ودائع لمعلومين وأخرى لمجهولين مكتوب عليها وديعة، فأخذها القاضي ودفعها لرجل تحت يده على وجه القهر منه، ثم صيَّرها القاضي لأربابها ببراءات عند هذا المودَع، وثبت ذلك في ديوان القاضي، ثم عُزل القاضي وجاء آخرٌ، فقام الأول وطلب من هذا المودَع المالَ وهو لم يدفعه له إلا القاضي وصَرفه كما ذُكر، فهل يلزمُهُ ضمان مع أنه مكرهٌ أم لا؟.

فأجاب : لا ضمان على مودَع القاضي إذا ثبت ما ذكر، لأنها في أمانته لا في ذمته، ولا يُتَّهم القاضي أنه فرَّ به ممن هو في يده، لأن العادة تنفي ذلك، ولا مطالبة على المودع في شيء من ذلك، قيل: أما عدم تضمين المودع فلأنه أمين ولا علم له بشيء.

وفيها: من غصب شيئا وأودعه فهلك عند المودع فليس لربه تضمين المودع إلا أن يتعدى(هـ) بخ، وهو صريح في بطلان ما حكم به التسولي.

وسئل العلامة المحقق السجلماسي عما يظهر من جوابه، ونصه:

المودَع عنده الزرع بلا بينة مصدَّق في دعوى رده إلى ربه مع اليمين، هذا إذا قام يطلبه به المودِع نفسُهُ، وكذا إذا قام عليه غيره بسببه. فالقول قولُ المودَع عنده أنه لم يبق منه شيء عنده مع اليمين مطلقا، وهذا واضح لا خفاء فيه، وبالله التوفيق.

وسئل أيضا عن قول الوانوغي في تعليقه على المدونة: يضمَنُ الطَّمَّارُ، فرَّطَ أو لم يفرط، وقاله ابن راشد على ابن الحاجب أيضا قائلا : للمصلحة، وقول التتائي عند قول المصنف: «كَحارِس ولو حمَّاميا»[6] **ما نصه**: والمعروفُ

(6) العبارة مذكورة في أثناء باب الإجارة الذي بدأه بقوله: باب، صحة الإجارة بعاقد وأجر كالبيع. .الخ. وفي سياق ذكر بعض الحالات والأمثلة التي لا ضمان فيها، فقال: كحارس ولو حمَّاميا. .الخ. أي لا ضمان على حارس فيما سرق له ولو كان حماميا، فلا يضمن ما سُرق من ثياب الداخلين ولو أخذ أجرة، و نكر المصنف حارسا، ليشمل الحارس لكرم أو نخل أو دور أو زرع، أو ماشية، إلا أن يتعدى أو يفرط أو تظهر خيانته، أي فيكون عليه ضمان ما سرق منه.

الآن ضمانُ الحارس الخ، وما كيفيته؛ هل يضمن بمجرد دعوى صاحب الزرع في الطمار، وبمجرد دعوى صاحب الحانوت في الحارس مع أيمانهما، أو لابد من ثبوت البينة على ذهاب ما تلِف وقدْرِه، ولا سبيل إليها بحال، فلم أفهمه، وكيف يتصوَّرُ؟.

ص 68 **فأجاب : وأما مسألة الطَّمَّار فمعنى تضمينه عدمُ تصديقه في ضياع ما ثبت بإقراره أو ببينة أن رب الزرع وضعه عنده، لا إلزامُهُ غُرْمَ كل ما ادُّعيَ به عليه**، فإن توافق الطمار وربُ الزرع على القدر الذي وضع فواضح، وإن اختلفا فمقتضَى النصوص أن القول قول الطمار، لأنه غارم يحلف لدعوى الزائد كالمرتهِن في ضياع الرهن الذي لا يغاب عليه والغاصب.

وأما حارس الحوانيت إذا قلنا بتضمينه وصُدِّقَ ربُ الحانوت في الضياع واختلفا في الشيء الذي ضاع وفي قدره فلم أقف على نص في عين ذلك، وانْظُر هل يُقبل قول رب الحانوت في أقل ما يشْبهُ، أخذا من فتوى ابن رشد - فيمن أثبت إقرار ميت له أنه وجَّه معه في السَّفرة التي مات فيها متاعا - أن المقرَّ له يُصدَّق في صفة المتاع مع يمينه على ذلك في مقطع الحق، إن ادعى من ذلك ما يُشبِه، فتكون له قيمته في ماله(هـ).

ومن فتوى أبي حفص فيمن أصاب بيده قفة معلقة فوقعت في البحر، فادعى صاحبها أن فيها دراهم أو دنانير، قال: لا يُقبل قوله في الدراهم والدنانير، وله قيمة القفة وقيمة ما يُشْبهُ أن يوضع فيها غالبا على أقل ذلك مع يمينه، ولو شهِد العرفُ بأن مما يُعمل فيها العينُ لَقُبِل قوله في أقل ما يسافر به مثله في الأغلب في مثل هذا السفر،(هـ) بنقل المعيار.

وسئل أيضا عما ذكره ابن عبد الصادق في شرح المختصر، نقلا عن شيخه أبي علي بن رحال المعداني أن الطَّمَّار الذي هو المراس ضامن، لأنه نصَبَ نفسه.

ثم قال بعد هذا ما نصه: وحافظُ الطعام لا ضمان عليه، بخلاف حامله، قائلا: إن العرفُ تصرُّفُ الحامل دون الحافظ، فما الفرق بين الحافظ والطمّار حيث نفى الضمان عن الأول وأثبته في الثاني مع كونه أشكل عليَّ كيفية تضمينه أي الطمار كحارس الأسواقِ، هلْ بمجرد الدعوى مع حلف صاحب الشيء فقط؟، وعليه فهو مصادم لما صرح به الحديث الكريم من أن أحدا لا يعطىَ بمجرد دعواه(*)، أم لابد من البينة ولا سبيل إليها حسبما قدمتُه قبلُ، حفظك الله.

فأجاب: **وأما مسألة الطمار الذي هو المراس** فالفرق بينه وبين حافظ الطعام هو ما عُلِّلَ به الضمان في النقل الذي جلبتم، وهو أنه أي المراس نصب نفسه فاستوجب لذلك أن يعطى حُكْمَ الصانع المشترك، **قال مؤلف الارتفاق في الطمار غير المنصوب**: لا ضمان عليه لأنه أجير خاص، وإذا نصب نفسه قرب من الضمان لشبهه بالصناع حينئذ.(هـ). هكذا قال.

ص 69

والظاهر في معنى نصب نفسه أن يتهيأ لحراسة زرع كل من يريد الخزن في المرس، وهذا لا يتأتى إلا لو كان الناس كلهم في المرس سواء، من سبق إلى مَطْمَر فيه كان أحقَّ به، والمعروف عند الناس -والله أعلم- خلاف ذلك، وهو أن أرباب المرس جماعةٌ معيَّنون، وهم الذين يستأجرون المرس.

قال في التنبيهات: الأجير لجماعة دون غيرها أجيرٌ خاصٌّ مشترك، وقال: إنه لا ضمان عليه، وحينئذ ففي تشبيه المرّاس بالصناع وتضمينه لذلك نظرٌ، فليتأمل.

(*) إشارة إلى حديث ابن عباس رضي الله عنهما عن النبي ﷺ قال: « لو يُعطى الناس بدعواهم لادّعى ناسٌ دماء رجال وأموالهم، ولكنّ اليمين على المدّعى عليه »، رواه الأئمة في الحديث: مسلم، وأبو داود، والترمذي والنّسائي.

وعن عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما عن النبي ﷺ قال: البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه»، رواه الترمذي. فالمدعى عليه إذا أنكر، فعليه اليمين، حين لا تكون للمدعي بينة.

والفرقُ الذي نقلتم بين حافظ الطعام وناقله نقله صاحب المعيار في نوازل الوديعة، **فقال** ـ بعد أن نقل عن أحكام الشعبي عدم ضمان مَن أكرى بيتا في داره لخزن الطعام فضاع ـ **ما نصه**: **قيل**: لأنَّ مجرد الحفظ لا تَصَرُّفَ فيه، فأشبه حارسَ الأنْدر ونحوه، بخلاف الطعام. والفرق أن له الإذن في التصرف فيه(هـ).

وأما كيفية تضمين الطمار على القول به فلا يلزم الغُرمُ بمجرد دعوى رب الزرع عليه إن كان النزاع في أصل الوضع أو في القدْر، ولابد من بينة بإقراره أو بالحضور حين الوضع، وإلا فالقول قوله مع يمينه، كما أنه إذا ثبت عليه الضمان لا يَسقط عنه بمجرد دعواه هو الضَّيَاع إن كان التنازع في ذلك، ولا يبرأ إلا ببينة تشهد له بمثل الغصْب، وإلا فله تحليف رب الزرع إن ادعى عليه العلم بذلك، وإنما كان يبرأ بهذه البينة لأن موجب ضمانه التهمة، وقيام البينة بنفيها كما قيل في المرتهن والمستعيرِ يدعيان ضياع ما يغاب عليه وما أشبه ذلك(هـ).

وفي المعيار: سئل أبو محمد عمن كتب لمن عنده وديعة، إدفعها لمن يُوَصِّل كتابي إليك، فوقع الكتاب من الرسول فأخذه آخرُ وقبض به الوديعة، هل يضمن المودَع أم لا؟.

فأجاب: إذا ثبت أنه خطُّه وعرفه مَن عنده الوديعةُ فلا شيء عليه، وكذلك إذا كان لفظه : إدفعها إلى حاملِ كتابي إليك أو للموصل كتابي إليك، فلا شيء عليه، ولا فرق بين قوله مُوصل الكتاب أو موصل كتابي إليك فلم يتعدَّ. **وأما لو قال**: إدفعها إلى رسولي لضمن إذا دفعها لموصل الكتاب؛ **قيل**: أما عدمُ الضمان فلأنه جنى على نفسه حين لم يذكر إسم الرسول الخ.

وسئل أيضا عمن أودع وديعة وقال: إن أتاك رسولي بأمارة فادفعها إليه ففعل، ثم أنكر رب المال البعث، وأقر الرسول. وقال: ضاعت. ص 70

فأجاب : القول قول رب المال ، ويحلف ، فله تضمين من شاء . وقد اختُلف إن أغرمَ المودَع، هل له الرجوع على الرسول أم لا؟، واختار إن كان حين دفعها إليه مصدِّقا له فلا رجوع، وإن لم يعلم صدقه فله الرجوع.
وفي العتبية : روى يحيى في المودَع يأذن له رب الوديعة أن يدفعها لمن جاء بأمارة ذكرها له، فجاءه بها فدفع إليه المال، ثم مات ربه وقام ورثته فقالوا: ما صنعت به؟ قال: ما أمرني به ربه، فقالوا: وما الذي أمرك؟، فقال: ليس عليَّ أن أخبركم، قال: يحلف لقد صنع ما أمره به ربه ويبرأ، وقاله ابن القاسم.

وسئل ابن عرفة عن رجل أُبضعت معه سلعة إلى الاسكندرية ، فلما وصل إليها جعلها في وعاء غير وعائها لكي تَسْلَم من العشُر، وربما أخفاها أو أودعها حتى تخرج في وقت غير وقت دخوله، فعثر عليها العَشَّارُ.

فأجاب بضمانه إياها ، لأن المكوس دخل عليها المودَعُ، وطلبُ إخفائها يُعرضها للجائحة، فهو متعدٍ في ذلك.

وسئل بعض الفقهاء عمن هلك في سفر فدفع ماله لبعض من معه ، وأمره أن يمكنه لبعض الورثة، هل له ذلك أم لا؟، وهل يحل للآخذ أن يفعل ما أمره به أم لا ؟

فأجاب : إن قصد اختصاص المدفوع إليه بالمال فلا يحل، ولا يجوز للمدفوع فعله، فإن فعل ضمن لبنيه الورثة أنصباءهم، وإن قصَدَ أن يكون الوارث بيده لأجل أن الباقين مُوَلَّى عليهم، فهذا يمكِّنه منه وحده، وإن لم يكن مولى عليهم، فلا يباح له التحجير عليهم في ميراثهم، فإذا وصل إلى هذا المدفوع المال وكان ببلد من أودعه فلا يخرجه بغير إذن الورثة، فإن فعل وهلك ضمنه.

وسئل أبو محمد عمن أوصى عند موته في سفره بدفع مال إلى زوجته دون غيرها من ورثته .

فأجاب : إن قصد إيثارها عليهم فلا يجوز، وهو لجميع الورثة، وإذا قالت الزوجة : إنما يدفعه لي لأنه دين لي عليه فعليها البينة، وإن أراد الرسول السلامة دفعه للقاضي، فهو ينظر فيه، فإن شهد عدولٌ أن لها قبله دينا فيسعه الدفع إليها، وإن ذكر له ذلك فيسعه الدفع بينه وبين الله، وإن خشي المطالبة به نفعها شهادتهُ لها قبل دفعه لها وتحلف معه، وإن دفعه رُدَّتْ شهادته وكان ضامنا.

ص 71 **وسئل ابن مطروح عن رجُلٍ أودع رجلا بقالا صُرَّة دراهم، فتركها في حانوت له ليلا، فطرق الحانوت، وذهبت الدراهم وغيرها من الحانوت.**

فأجاب : يُنظر إلى فعل صاحب الحانوت في ماله، فإن كان يُخَلِّف جُلَّ بضاعته مع رهان الناس في ذلك الحانوت مع هذه الوديعة فضاع هذا وهذه فلا شيء عليه، وإن كان مضى إلى بيته بماله ورهان الناس وترك الوديعة بعينها وضرب القفل على تابوته وعلى الحانوت فهو ضامن للوديعة، لأنه غَرَّ ربها، ولم يفعل فيها ما فعله في ماله حتى تركها ومضى بماله إلى الحرز.

وأجاب القابسي: لا يُلتفت إلى فعله في ماله، ولاكن ينظر إلى فعل تلك الأسواق وذلك الموضع، فإن كانوا إذا أُودعوا الدراهم والدنانير المضروبة تركُوها في تلك الأسواق، والموضعُ مامون فضاعت، فلا شيء عليه، لأنه فعل ما فعلته العامة وما عليه أهل تلك الأسواق أجمعون، فإ كان هو فعله خاصة وليس الجميع عليه فهو ضامن، لأنه غَرَّ بمال هذا، ولا ينظر إلى فعله في ماله، لأن في الناس مُضَيِّعا لماله ومال غيره، وفي الناس حازما لماله ومال غيره.

وأجاب بقيٌّ بن مَخْلَدٍ : هو أمين لا شيء عليه، لأن هذا الذي أودعَهُ الصُرَّةَ صدقه وائتمنه حين أعطاه إياها، فلما أعلمه أنها ضاعت كذَّبه، فليس له ذلك، ولا أرى عليه يمينا في قوله إنها ضاعت، لأنه أمين الخ.

وسئل ابن عرفة بالاسكندرية عن رجل له مال بمصر وصاحبه بالمدينة. فهل يبعثه إليه مع ثقة ويبرأ أم لا ؟

فأجاب : نعم، يجب عليه تنفيذه مع ثقة، ويبرأ، ويوخذ من قولها في جهاد المدونة: فمالُهُ ودينه يُرفع إلى ورثته، وهو منصوص في النوادر عن أصبغ(هـ).

قيل : لا خفاء بقصور السائل، فإنه لم يتنبه لهذا المعنى في كتاب الوديعة من عياض وصاحب الطرر.

قلت : **ولا خفاء بقصور المعترض أيضا** ، فإنه لم يتنبه إليها مما في رسم أوله شك من سماع ابن القاسم وسماع محمد بن خالد من كتاب البضائع والوكالات.

وسئل أيضا عن رجل مات بالاسكندرية ووارثُهُ بتونس، فخيف على تركته من جهة السلطان ونحوه من الأمراء، فقام رجل وباعها على جهة الدلالة ونظرا لمصلحة الوارث الغائب، فقدم بها المشتري لتونس، فقام عليه الوارث، فهل له متكلَّم أم لا ؟

ص 71

فأجاب: **للوارث أخذ متاعه، وعليه الكراء**. واستدلَّ بمسألة الغلط في الكراء في الحُمْلان، المذكورة في العُتْبية، قال: لأن المشتريَ أخطأ على نفسه في الحكم وسلط على نفسه سبب الانتزاع. **قيل**: وفي ثامن مسألة من نوازل سحنون من الوصايا نحو هذه النازلة بعينها **وقال**: لا كراء على الورثة إذا أخذوا أعيان متاعهم؛ **قال بعض الشيوخ**: **وقعت عندي مسألة من هذا المعنى**، **وهي**: رجل اشترى قنطارا من النيلة بمكة شرفها الله ثم أودعه عند رجل من مكة، فلما قضى وطره أتاه فدفع إليه غيره غلطا فحمله إلى إفريقية، ثم تبين له أنه لغيره ممن أتى معه في الرفقة، فقام عليه صاحبُ النِّيل فأثبته، **فهل يلزمه الكراء أم لا؟**، **قال**: **فقلت**: **نعم**، لما ذكره ابن عرفة في نازلته بالأحرى،

لأنه إذا كان الكراء متوجها للمشتري الذي لم يستند إلى شبهة شرعية فأولى من استند إليها، وبدليل قولهم فيمن استُحق من يده عبد اشتراه ثم استلحقه رجل: إنه يرجع عليه بما أنفق، والجامعُ بينهما أن كلا منهما قد أنفق على ما يظنه ملكا له ثم تبين خلافه، وصَوَّبَ هذا غيرُ واحد من المذاكرين الخ.

وسئل ابن لبابة عن رجل استعار بقرا ليدرس بها زرعه فدرس بها يومَه، فلما أمسى تركها في المسرح ولم يُدخلها داره ولا دار ربها فهلكت أو أكلها السبع أو سُرِقت.

فأجاب : لا ضمان عليه إن كان حالُ أهل بلدهم إذا استعاروا الماشية لمثل هذا فإذا دخلوها سيَّبوها في المرعى، وإن كان أمرهم أن يردوها إلى أهلها أو يحفظوها في دورهم أو يُعلموا أربابها بفراغهم من حاجتهم إليها ولم يفعل فعليه الضمان من سرقة أو سبُعٍ أو ضيعة، لأنه الذي عرَّضها للتلف إذا لم يُعْلِمْ أصحابها أو يردها عليهم.

وسئل ابن القاسم عن الذي استُودع وديعةً فردَّها على صاحبها ، فقال ربها: نقصت، وقال المستودَع: لم تنقص، فدعاه إلى السلطان، فقال المستودَعُ: أنا أريد سفرا فلا تعُقْني عن سفري، فإذا رجعتُ فما ادعيته مما حلفت عليه فهو لك قِبَلِي، فتركَهُ ومضى في سفره، فلما قدِم قال له: مالَكَ قِبَلي شيءٌ، وإنما قلت لكَ ذلك لئلاَّ تقطعني عن سفري.

فأجاب : يَلْزَمُهُ ذلك، ويلزمُهُ كلُّ ما حلف عليه رب الوديعة، ومن استُودِعَ وديعةً فتعدَّى فيها فباعها وفاتت فربها مخيَّر في أخذ قيمة سلعته، أو الثمن الذي بيعت به سلعته، عينا كانت أو عَرْضًا أو طعاما، إلا أن تكون السلعة المتعدَّى فيها مما يكال أو يوزَن، وقد عُرف كيلها أو وزنها، فيكون له -إذا أبى أن يأخذ ما بيعت به سلعته- مثلُها، وإذا لم يُعرف كيلها ولا وزنها وقد بيعتْ جزافا فأبى أن يأخذ ما بيعت به فإنما له قيمتها بمنزلة من استهلك لرجل جرَّة طعام لا يعرف كيلها، ولو أن رجلا استودَع رجلا وديعة فادعى أنه

ص 73

عدا عادٍ عليه وأغرمه على ذلك المتاع مالا، ولا يُعْلَمُ ذلك إلا بقوله، **فإن ابن القاسم قال**: علم ذلك أو لم يعلم، فلا شيء من ذلك الغرم على رب الوديعة، لأنها مَظْلَمَة وقعت على المستودَع إن كان أغرمها من مال نفسه، إلا أن يكون ما أخذه العادي عليه من الوديعة نفسها، فهاهنا تكون المظلمة على رب الوديعة، ويكون قولُ المستودَع مقبولا وإن لم تكن له بذلك بينة.

وكذلك من أرسل متاعا مع كَرِي أو غيره من بلد إلى بلد فعرض لهم لصوص، فادعى أنهم أغرموه على ذلك المتاع غرما، فلا شيء من ذلك الغرم على رب المتاع، إلا أن يتطوع به، قامت للغارم بما غَرِم بينةٌ أو لم تقُم، إلا أن يكون ما أخذ منه اللصوص من ذلك المتاع بعينه فهاهنا تكون المظْلمة على رب المتاع، وإلا فلا.

قلت: وفي المعيار: وسئل - أي القاضي ابن زِرب - عن الذي يُسْتودَعُ المتاعَ فيُعْدَى عليه وأُغْرِمَ بسببه.

فأجاب: إنه لا شيء على صاحب الوديعة، **فقيل له**: أتذكُرُ في هذا اختلافا؟ فقال: لا، إلا أن هذه المسألة وشبهها نزلت منذ سنين فأفتيت فيها بهذه الرواية، وأُخْبِرتُ أن ابن الزيتوني فقيه فاس أفتى أن على صاحب الوديعة أن يغرم ذلك للمستودع، وأُخبرت عنه أنه وجدها رواية، وأما أنا فلم أر فيها اختلافا(هـ).

وسئل ابن زرب أيضا عن رجل قال: ما وجدتم من وديعة عليها خطِّي باسم صاحبها فادفعوها إليه.

فأجاب: إذا شَهد بهذا فما وُجد بخطه دُفع إلى الذي سمَّى أن الوديعة له بعد أن يشهد شاهدان أن هذا خطه، **فقيل له: فأنت بهذا تُجيز الشهادة على الخط، فقال: ليس هذا من ذلك الخ.**

وقال رحمه الله - فيمن أودَعَ وديعة عند رجل فقال له: إن التابوت الذي هي فيه ضاع مفتاحه فأمْهِلني حتى أحتال في فتحه، فذهب عنه ثم

ص 74 بعد ذلك عاد إليه فيقول له: قد ضاعت: - إنه لا غرم عليه، ولو قال له إذا طلبها منه: لست أستطيعُ أن أُعطيها لك الساعة، ثم أتاه فقال له: ضاعتْ، وزعم أنه لم يمنعه من أن يُعطيها إياه إذا طلبها إلا تلفُ مفتاح أو نحوه: إنه ضامن(هـ).

قال في المعيار : إنما راعى القاضي أن يذكُر العذر المانع له من إعطائها عند طلبه إياها، وأما أن يمنعه ثم يقول له بعد ذلك: إني ذكرت تلفها، وإنما منعتك إذ كان المفتاح قد تلف، وكنت أعالج أمر القفل، لم يُقبل منه قوله وأُلزم الغُرم(هـ).

وحاصله أنه في الأولى ذكر له العذر المانع له من إعطائها أولا،

وأما الثانية فلم يذكر له عذرا أولا، بل منعه منها أولا ثم ذكر أنها ضاعت وذكر عذر المنع من إعطائها فلم يُقبل.

وسئل (أي ابن لبابة) أيضا عمن استودع عند رجل دراهم فجعلها في تابوت عنده، ثم إنه ربما دفع المفتاح إلى خادمه أو ابن أخ له وهم غير مأمونين، ثم إن صاحب الدراهم نقص عليه من الدراهم مائة وخمسون درهما، هل يلزم الرجل غُرْمُ النقص أم لا ؟

فأجاب : إذا كان المودَعُ قد علم أنها ألف درهم فهو ضامن، إذ قد سلَّط عليها يد غيره وأَمَّنَهُ عليها، وإن كان لم يعلم كم هي ولا ما نقص منها إلا بقول صاحبها فصاحبها مدع بما زعم أنه نقص له، فيحلف المودعُ أنه ما علم أنه ضاع له منها شيء، ويحلف الخادم وابن أخيه أنهم ما أخذوا من هذا المتاع شيئا، فإذا حلفوا برئوا، وإن شاء الذي الوديعةُ عنده أن لا يحلف، ويحلفُ صاحب الوديعة أن المال كان ألف درهم، وأنه نقص عند المودع هذا القدر، فإن حلف على ذلك ضمنها المودع، وإن أبى أن يحلف لم يكن له شيء، هذا الذي ظهر لي في مسألتكم، والله أعلم.

وسئل أيضا عن رجلين أودعا وديعة وقالا للمودَع: من أتاك منا بأمارة كذا فأدفعها إليه، فقال بعد ذلك: أتاني صاحبك بالأمارة فدفعتها إليه.

فأجاب: لا ضمان عليه، ويحلف أنه قد دفع ويبرأ.

ابن كوثر: معنى هذا عندي أنه قد صدّقه في الأمارة(هـ).

وسئل ابن الفخار عن الوديعة تضيع عند المودَع وهو صالح أو فاسق، فكيف تجب اليمين على الصالح وعلى غيره إذا لم يصدّقه ربها.

فأجاب: يحلف الصالح لقد ضاعت بغير تفريط، ويزيد الفاسق في يمينه: ولا دلّسَ فيها ولا اختانها ولا يعرف لها موضعا.

وسئل ابن أبي زيد عن المودَع يأتيه الرجل يذكر أن رب الوديعة أمره بقبضها منه، وكيف إن قال له المودَع: قد كتب إلي بذلك ولاكن لا أدفع، لأني لا بينة لي على أمره. ص 75

فأجاب: له ذلك، إلا أن يشاء أن يدفع إليه ويضمنه فذلك له، وهو الذي أحفظُ عن ابن المواز، وهو أحب إليّ الخ.

قلت: في نوازل الشركة من المعيار نقلا عن ابن القطّان ما نصه:

رأيت للقاضي أبي بكر بن زرب بخطه - في مسائل ذكَرها أنه وقع في الكتاب الثاني من أحكام محمد ابن عبد الحكم -: وإذا كان لرجل على رجل حقٌّ فكتب له إلى رجل عنده مالٌ من دين أو وديعة أن يدفع إليه ماله، فيدفع الكتاب إلى الذي عنده المالُ فيقول: أما الكتاب فإني أعرفه وهو خطه ولاكن لا أدفع لك شيئا فذلك له، ولا يحكم عليه القاضي بدفعه، ولا يُبرئه دفعه إن جاء صاحب الحق فأنكر الكتاب.

وكذلك لو قال: قد أمرني إليك ذلك ولاكن لا أفعلُ، فذلك كُلُّه له، لأنه لا يبرئُه ذلك إن أنكر الذي له المال أو مات قبل أن يُسأل. ورأيت لسحنون غير هذا أنه يُقْضَى عليه بدفع ذلك، لإقراره بأمر صاحب المال له، وكلٌّ له وجه(هـ).

ثم قال في المعيار عن ابن سهل متعقبا جواب ابن القطان ما نصه:

وما حكاه عن سحنون فالظاهر فيه خلافه، قاله ابنه عنه، فذكر كلام ابنه ثم قال: هكذا في كتاب تفليس النوادر، وهو مثل قول محمد بن عبد الحكم، وكذلك قال ابن المواز وابن سحنون في هذا الأصل، ذكر ذلك كلّه عنهم ابنُ أبي زيد في مواضع من نوادره(هـ).

قلت: ومعنى هذا الكلام أنه لم يثبت خط الآمر بعدلين أو بعدل وامرأتين أو أحدهما مع اليمين، وإلا فيلزم المامورَ الدَفَعُ قطعا كما هو ضروري، إذ لا عذر له حينئذ بلا خلاف في ذلك.

قال اللخمي: وليس على المودع أن يسلِّم الوديعة بأمَارة المودِع ولا بكتابته وإن اعترف المودَع أنه خطه، إلا أن يُثبت الرسول عند الحاكم أنه خط المودع؛ قال في كتاب محمد: لأن صاحب الحق لو كان حاضراً لم يجب له أخذها حتى يُشهِد بذلك(هـ)، والله أعلم.

وسئل ابن شبلون عمن استودع رجلين وديعة واختلفا عند من تكون.

فأجاب: تكون عند أعدلهما، وإن لم يكن فيهما عدلٌ أخذَها القاضي وأوقفها وكانت لصاحبها، وذلك إذا لم يكن رب الوديعة دفعها إلى أحدهما، وأما لو دفعها إلى أحدهما كانت بيده دون الآخر(هـ).

ص 76

وسئل العلامة سيدي محمد بن عبد القادر الفاسي عن نازلة وقع فيها اختلاف بين فقهاء الوقت، وأريدُ منكم ما يقع به الفصل، وهي كَتْبُ المودَع عنده بخط يده اعترافَه بالإيداع عنده ودفع خطه بذلك للمودِع، هل يتنزل منزلة الإقرار فيصَدَّق معه في دعوى الرد أو منزلة بينة التوثُق فلا يصَدَّق إلا ببينة، والحالُ أن المودَعَ يقول: إنما أردت بكَتْبي الإقرار، وما دفعتُه للمودِع إلا ليكون له حجة بعد الموت، وهل بيْن تصديره بما كَتَبَهُ بلفظ أشهد على نفسه كاتِبُهُ وبين تصديره بنحو يقول كاتبه فرق أم لا؟.

فأجاب : الحمد لله، والصلاة والسلام على رسول الله؛

الجواب - واللهُ الموفق سبحانه - أن إقرار الرجل على نفسه شهادةٌ عليها، وشهادته عليها إقرار على نفسه على ما قاله ابن رشد ونقله الإمام الحطاب في شرح المختصر، ونصُّهُ: **قال في رسْم الشجرة من سماع ابن القاسم من كتاب الشهادات: وسئل مالك عن رجُل كتب عليه رجلٌ ذِكْرَ حق وأشهد فيه رجلين**، فكتب الذي عليه الحق شهادته على نفسه بيده في ذكر الحق، فهلك الشاهدان ثم جحد، فأتى رجلان فقالا: نشهد أنه كتابه بيده؛ قال مالك: إذا شهد عليه شاهدان أنه كتابه بيده رأيت أن يؤخذ منه الحق ولا ينفعه إنكاره، وذلك بمنزلة لو أقر وجحد وشهد عليه شاهدان بإقراره، فأرى أن يغرم. **قال ابن رشد**: هذا بَيِّنٌ على ما قاله، **لأن شهادة الرجل على نفسه إقرارٌ عليها، وإقراره على نفسه شهادة عليها**، ونقله ابن عرفة(هـ).

وقال ابن عرفة ما نصه: وسمع ابن القاسم الشهادة على خط رجل بحق عليه كالشهادة بإقراره به. **ابن رشد**: سواءٌ كَتب شهادته على نفسه في ذكْر الحق أو كتب ذكر الحق على نفسه بيده فقال: لفلان على فلان كذا وكذا ولم يكتب شهادته، والشهادةُ على خط المقر كالشهادة على إقراره.

قلت: **قولُهُ** عن ابن رشد: (سواءٌ كتب شهادته على نفسه إلى قوله ولم يكتب شهادته) خلافُ ما حكى ابن عات في طرره.

قال في المجالس: إن كَتَبَ الوثيقة بخطه وشهادتَه فيها نفذت، لأنه قليلا ما يُضرب على جميع ذلك، وإن لم يذكر شهادته فيها لم تُقبل، لأنه ربما كتب ثم لا يتم الأمر، **وإن قال**: لفلان عندي أو قبَلي بخط يده قُضيَ عليه، وإن كتب: لفلان على فلان إلى آخر الوثيقة وشهادته فيها لم تُجز إلا ببينة سواه، لأنه أخرجها مَخرج الوثائق، وجرت مجرى الحقوق، ولم تجز الشهادة فيها على خطه(هـ).

ص 77 **فتحصَّل من هذا** أنه لا فرق بين قوله أشهد كاتبُه على نفسه وبين قوله يقول كاتبه : لفلان قِبَلي كذا وكذا، وأن كلا منهما إقرار وشهادة على النفس . ومثلُهُما : لفلان قِبَلَ فلان عند ابن رشد، وحكى ابن عات خلافه .

إذا تقرر ذلك فالمعتبر في عدم تصديق المودَع في دعواه الردَّ هي الشهادةُ المقصودة للتوثق كما في المختصر وغيره. ومعنى التوثق أن يُشهِد عليه، لكونه لم يأتمنه على الرد، وهذا ظاهر فيما إذا كان المودِع بكسر الدال هو الطالبَ للإشهاد، بخلاف ما إذا انفرد المودَع بالفتح بالإشهاد متبرعا فإنه لا يكون للتوثق في مجرى العادة، وقد صرَّحوا بأن البينة التي لا يُقْصَد بها التوثق غير مانعة من التصديق في دعوى الرد، وظاهرُ نصوصهم أن إشهاد المودَع على نفسه من غير أن يُطلَب منه ذلك، سواء كتب ذلك بخطه فقط أو أشهد عليه غيره إنما هو خشية أن يموت فتضيع لربها، أو مخافة دعوى السلف ونحوه لا للتوثق، فهو مصدَّق في دعوى الرد، وخالفَهُ في ذلك ابن زرب وجعله كالإشهاد الذي يقصده رب الوديعة، وهذه جملة من نصوصهم يتضح بها ما ذكرنا .

قال التتائي على قول الرسالة : (إلا أن يكون قَبَضَهَا بإشهاد فلا يصدَّق) : ومثلُهُ في المدونة، لاكن قيدها غيرُ واحد كعبد الحق واللخمي بما إذا كانت مقصودة للتوثق، لأنه لم يأتمنه حينئذ على الرد بل على حفظها فقط . ومفهوم قوله (بإشهاد) أنه لو كان بغيره لكان القول قوله في ردها، ومشَى صاحب المختصر على أنه لابد من كون الإشهاد للتوثق، فلو كان اتفاقيا لا لقصد التوثق لكان كالعدم، وكذا لو كان خوف الموت ليأخذها من تركته، أو قال المودَع بالفتح : أخاف أن يدعي أنها سلفٌ فاشهَدُوا لي أنها وديعة ونحوه مما يُعْلَم أنه لم يُقصد به التوثق، فالقول له في ردها(هـ) . **ومثلُهُ عند غير واحد فلا نطيل بذلك**. وقد نقل الحطاب عن أبي الحسن الصغير كلاما قريبا من هذا، وزاد في آخِرِهِ: ولو تبرَّع المودَع بالإشهاد على

نفسه فقال أبو بكر ابن زرب: لا يبرأ إلا بالإشهاد، لأنه ألزم نفسه حكم الإشهاد. وقال عبد الملك: هو مصَدَّق؛ إنتهى.

ومثله لابن سلمون فإنه قال: وكذا الإشهاد الذي ينفرد به المودَعُ، ذكَر بعضُ الموثِّقين أنه ليس كالإشهاد الذي يقصده رب الوديعة، ولا يُعتَبر في دعوى الرد، وهو كَلا إشهادٍ، وظاهر ما قاله ابن زرب أنه كالإشهاد الذي يقصده رب الوديعة، وأنه لا يُصَدَّق معه المودَعُ في الرد(هـ).

ص 78 **وفي المعيار: سئل ابن زرب عن الرجل يُستودَعُ الوديعةَ دون أن يُشهِدَ عليه صاحبها**، ثم إن الذي عنده الوديعةُ أشهدَ بها على نفسه دون حضرة صاحبها خوفًا من أن تفجأه منيَّتُهُ فيخسَر ربها، ثم زعم بعد ذلك أنه صرفها لربها، وصاحبُها منكِرٌ، ولهم عليه البينة التي كان أشهد.

فأجاب : لا يصدق فيما زعم من صرفها، وهو لها غارم، لأنه إذا أشهد على نفسه فقد ألزم نفسه حكم الإشهاد، وحُكْمُ الإشهاد : مَنْ أخذ ببينة لم يرُدَّ إلا ببينة، وإلا غرم.

قال له ابن الزيتوني: إنما أراد الاحتياط لصاحبها، وكان هذا مما يجب أن يزيد في أمانته، إذ لم يُكَلَّفْ البينة فتكلَّفها، فقال القاضي: إذا أشهد فقد لزمه حكم الإشهاد، زاد الزيتوني: فوقف على هذا القول ولم يرجع عنه(هـ). **وظاهر هذا أن ابن زرب لا يُفَرِّق بين الإشهاد للثوتق وغيره.**

وفي مختصر الشيخ ابن عرفة ما نصه: وفيها: قلتُ: لمَ قال مالك: إذا قبض وديعة أو قراضا ببينة فلا يبرأ بقوله رددت، ويُصَدَّقُ إذا قال: ضاع فيه؟، **قال**: لأنه حين دفع المال إليه استوثق منه الدافعُ، فلا يبرأ حتى يتوثق هو أيضا.

قلت: فلهذا قيَّد اللخمي وعبدُ الحق البينةَ بأنها قصد بها التوثق.

ثم قال: **وفي طُرر ابن عات ما نصُه**: ظاهره – يعني لفظ ابن فتوح – أن الإشهاد الذي تسقُطُ به دعوى المودع أنه رد الوديعة هو الذي يقصده ربُّ

الوديعة لا ما ينفرد به المودَع، لأن مفهوم قصد رب الوديعة بالإشهاد على المودَع أنه لم يأتمنه إلا على حفظ الوديعة، وهو خلاف ما عند ابن زرب.

قلت: فقوله (خلافُ ما عند ابن زرب) يقتضي أنه يقول: مطلقُ البينة كيفما كانت تمنع قَبول قول المودَع الرد، ولا أعرفه لغيره (هـ) من أجوبته، **ومثله يجري في القراض حرفا بحرف**، والله أعلم.

وكتب العلاَّمة سيدي محمد بن عبد السلام بناني على قوله: (لأن مفهوم قصد رب الوديعة الخ) **ما نصُّهُ**: قف على قوله: (لأن مفهوم الخ) هل يُؤخذ منه حَمْلُ الإشهاد على التوثق؟، ونقل الحطّابُ على قول المختصر في باب الشركة: «ولمقيم بينة»[7]، الخ **ما نصه**: كما قالوا في البينة التي لا تُقبل دعوى المودَع معها الرد هو أن يأتي بشهود يُشهدهم على دفع الوديعة للمودِع، وأما لو دَفَع بحضرة قومٍ ولم يَقصِد التوثق بشهادتهم فلا[8] (هـ).

ص79 **وقال أيضا ما نصه: الحمد لله؛**

اللخمي: إن كان القبضُ ببينة ليكونَ الرد ببينة لم يُقبل قوله إلا ببينة، وإن كان الإشهاد خوف الموت ليأخذها من تركَته، أو قال المودَع:

---

(7) وذلك في أثناء الباب، وفي سياق من يكون له القول من الشريكين في حال تنازعهما واختلافهما في أمور، فقال في ذلك: «والقول لمدعي التلف والخُسر، ولآخذ لائق له.. إلى قوله: «ولمقيم بينة بأخذ مائة أنها باقية إن أشهد بها عند الأخذ أو قصُرت المدة.. الخ.
ومعنى العبارة ممزوجة بالشرح من جواهر الإكليل على مختصر خليل: وإن أخذ أحد المتفاوضين مائة مثلا من مال شركة المفاوضة وادعى ردها له، وكذبه شريكه في رده لمال المفاوضة وادعى أنها باقية عند آخذها فالقول له في ذلك أنها باقية عند آخذها إن أشهد بالمائة عند الأخذ لها من مال الشركة، سواء طالت المدة بين أخذها وتنازعهما أم لا، فلا يبرأ منها إلا بالإشهاد على ردها، أو لم يُشهد بها وقصرت المدة بين أخذها وتنازعهما في ردها، فالقول له كذلك.. الخ.

(8) قال في المختصر ممزوجا بالشرح في حالات ضمان الوديعة من المودع عنده: «وبدعوى الردّ على وارث المودع أو المرسل إليه المنكر لقبضها، أو على صاحبها المودع لها، فلا تقبل دعواه، ويضمنها إن كانت للمودع بينة مقصودة»، أي بينة شاهدة على الدفع للمودع وتسلّمها، ومقصودة للتوثق على المودع، خوفا من دعواه ردّها.
ومفهوم الشرط أنه إن تسلمها من يد صاحبها بغير بينة أصلا، أوببينة لا يراد بها التوثق، فيصدّق في دعواه الرد.

أخافُ أن يقول: من سلفٍ، فأشهدْ لي أنها وديعة وما أشبه ذلك **مما** يُعْلَمُ أنه لم يقصد التوثق من القابض، فيكون القولُ قولَه في ردها بغير بينة(هـ).
ونحوُهُ في مقدمات ابن رشد، قال ابن عرفة: وما قاله ابن زرب لا أعرفه لغيره.
وقال الشبرخيتي في شرح المختصر: وإذا تنازعا في التوثق وعدمه فالقولُ للمودَع بالفتح، لأن الأصل عدمُهُ، إنتهى.

الحطاب: تنبيه: يُشتَرَطُ أن يَعلَمَ المودَع أن قصد المودِع التوثق، وانظرْ الفيشي فإن فيه مزيد إيضاح(هـ).

وفي الدرر المكنونة من جواب لأبي الفضل العقباني - عمن أودَعَ دراهم عند آخَرَ وأخذ منه خطه بها ثم مات المودَعُ ووُجد الخط في تركته - **ما نصه**: **إن خطَّ الأمين يتنزل منزلة الإشهاد عليه**، ولو كانت وثيقةُ الإشهاد عند الأمين لم يُقبل قوله في الرد إلا بإشهاد، فخَطُّهُ أقوى من الشهادة(هـ).

قلت: وهذا جارٍ على ما قاله ابن زرب، وهو خلاف المعتمد كما تقدم، فالصواب أن خط اليد بالوديعة كالإقرار بها باللفظ سواءٌ، إلا أن يعلم أن ربها قصد به التوثق فلا تُقبل دعوى الرد إلا ببينة، والله أعلم.

وسئل الشيخ التاودي عمن أودع عند رجل وديعة وجعلها في صحارته مع أمتعته، فلما طلبه بها قال له: أخذتَّها فإني لم أجدها في الصحارة، أو تَلِفت، فهل لا ضمان على هذا الأمين أم لا ؟

فأجاب: الحمد لله؛

الجوابُ – والله الموفق سبحانه –، أن المودَعَ لما تردد بين أمرين هو مصدَّق في كل منهما فلا ضمان عليه، كما لو ادَّعى التلف جازما أو الردَّ فقط جازما به فالقول له بيمينه، إلا أن يكون الإيداع ببينة مقصودة للتوثق، وهي التي يَقصد المودِع بالكسر بالإشهاد أنه لا يقبل دعوى المودَع بالفتح الردَّ إلا ببينة، لا لخوف موت المودَع مثلا، أو كانت البينة غيرَ مقصودة أصلا، كدفعها بمحضَر جماعة ولم يقصد إشهادهم ساعتئذ، **والمسألة منصوصة**.

ففي نوازل أصبغ: لو قال لمودِعِها: لا أدري أرددتُّها أم تلفت؟ لم يضمنها، إلا أن يكون إنما أودعه إياها ببينة فلا يبرأ إلا بها. **قال ابن رشد**: ويحلف لقد دفعتها إليه(هـ). نقله المواق وغيره.

ص 80 **ومن تبصرة اللخمي ما نصه**: وإن كان القبضُ ببينة ليكون الرد ببينة لم يقبل قولُهُ إلا ببينة، وإن كان الإشهادُ خوف الموت ليأخذها من تركته أو قال المودَع: أخاف أن تقول: هي سَلفٌ فأشهِدْ لي بأنها وديعة أو ما أشبه ذلك مما يُعلم أنه لم يقصد التوثق من القابض، فيكون القول قوله في ردها بغير بينة(هـ)، والله سبحانه أعلم.

وسئل أيضا عمن ادَّعى الصرف من عند صاحب حانوت، وادعى صاحب الحانوت الوديعة.

فأجاب: **الحمد لله**؛ إن صاحب الحانوت إن كان مُنكِرا الصَّرف وحديثه، وأنه لم يجر بينهما فيه كلام أصلا، وصاحِبُ الدينار يدعي أن الصرف كان قد وقع ومضى، وأخَّرَ الرجل الدينار على وجه الاقتضاء فالقول لصاحب الدينار، لما ذكره الفقهاء من أن الإنسان مصدَّق في كيفية خروج ماله من يده. **وفي المدونة**: **قال ابن القاسم**: وإن أخذ رجل مالا وقال: هو بيدي وديعةٌ أو قراض، وقال ربه: بل أسلفتكه فالقول قول رب المال مع يمينه، لأن العامل قد أقر أن قبِلَهُ مالا ويدَّعي أن لاضمان عليه فيه(هـ).

ولا يقدَحُ فيه كونُ رب الدينار يدعي الدخول على الفساد في العقد، لأن الصرف مما يغلب فيه الفساد، وإن كان صاحب الحانوت يقر بحديث الصرف والكلام فيه، وأن الآخَرَ وضع عنده الدينار على وجه الأمانة حتى يأتي بالدرهمين ويصْطرِفان حينئذ صرفا صحيحا على زعمهما، فهاهنا قد يكون القول له.

ويؤيده ما تقرر من أن المتبايعين إذا اختلفا في أصل العقد فالقول لمنكره إجماعا، فيُنظر حينئذ هل فرَّط في وضعه أم لا؟، وهل جعله حيث يجعل دراهمه أم لا؟، والله أعلم، إنتهى.

وسئل العلامة المجاصي عن رجل دُفعت له وديعة بلا بينة، فشهدت عليه بينة أنه وضعها في جيبه، وبينةٌ أخرى أنه وضعها في خنشته، وأقر هو (أي المودَع) لبينة أخرى أنه وضعها في جيبه، ولبينة أخرى أنه وضعها في الخنشة، وادعى أنها ضاعت وتلفت مع هذا كله، فهل يُلْزَمُ بالغرم لتَدَافُعِ قوله وقول البينتين أم لا ؟

فأجاب : إن الأصل في المودَع أن لا ضمان عليه لكونه أمينا بالنسبة إلى من استودعه، سواء كان أمينا في نفس الأمر أم لا، ما لم يثبت تفريط أو تَعَدٍّ، وليس في السؤال ما ينهض حجة على الضمان على فرض ثبوت تناقض قول المودع واختلاف البينتين.

ص 81 أما البينتان فبعدَ تكافُئِهما في العدالة يمكن الجمعُ بينهما باحتمال رؤيتهما في زمانين[9]، فكلٌّ أدَّى بما شهد؛ وكذا إقرارهُ يحتمِل أن يكون في الوقت في الجيب، فلما أثقلته أو خشي عليها نقلها للخنشة، وكلٌّ من المحلين لا يُعَدُّ الواضعُ فيه مفَرِّطًا، وعلى أنه تكاذُبٌ من قوله، فليس كل من قوليه بالذي يوجب عليه شيئا إلا قوة التهمة، فيحلف في دعوى التلف على ما قاله ابن يونس، **والقاعدةُ في تبعيض الدعوى أن من أقر بشيء ووصَله بما ينفي عنه الضمان لا يؤاخذ بأكثر مما أقر به**، فهذا -على ما تمسَّكَ به السائل- كذبٌ في كيفية حياطتها، وعقَّبَ بالتلَف الذي لا يوجب عليه ضمانا لعدم موجبه

(9) وفي المختصر الخليلي في باب الشهادة والشهود : «وإن أمكن جمع بين البينتين جُمع، وإلا رُجِّح بسبب ملك، كنسج ونتاج، أو بتاريخ أو تقدمه، وبمزيد عدالة لا عدد، وبشاهدين على شاهد ويمين أو امرأتين، وبيد إن لم تُرجَّح بينة مقابله فيحلف، وبالملك على الحوز، وبنقل على مستصحبة، إلى آخر مرجحات بينة على أخرى إذا اجتمعتا ولم يمكن الجمع والتوفيق بينهما.

لا من إقراره ولا من بينته، ولعله عَزُبَتْ عنه الكيفية التي وقع منها التلف، لكونه مثلا كرر ذلك في سفره مرات، وإذا لم يُلْزَمْ بالضمان من قال: لا أدري أرددتها إليك أم تلفت حسبما في نوازل أصبغ، فهنا أبْيَنُ وأولى.

ومما يحتمله اختلاف قوليه أنه جرى في ذلك على عادة الخصوم، فلجهلهم وخوفهم من ظهور الخصم تراهم ينتقلون من حُجة إلى حجة يلتمسون المخرَجَ ويفرُّون من الانحصار في مقال يخشَون غائلته، فإذا لم يصدُرْ من الخصم ما يكون صريحا في توجه الحق عليه فلا يؤاخذ بالمحتمل والموجَّه من الكلام؛ والذي صدر من هذا إنما هو ما أوجب إساءة الظن به دون شيء آخر، وقد عَذَرَ مالك رحمه الله فيما نُقلَ عنه رسولا دفع كتابا مُضَمَّنُهُ: يأتيك حاملُهُ بعشرين دينارا، فأنكر الرسول الذهب فقال: له إني قد أشهدتُ عليك، فقال: إن دُفع لي شيء فقد ضاع، فقال: ما أرى إلا يمينه، فروجع في المسألة فقال: لا أرى إلا يمينه.

قال بعضهم: أرى هذا من مالك رحمه الله إنما هو في الجاهل الذي لا يعرف أن الإنكار يضره، نقل ذلك الرُّعيني في الإقرار والإنكار في الوديعة، وغرضُنا من هذا الكلام تقييدُ قول مالك بمن لا يعرف أن الإنكار يضُرُّ، وأن صاحب النازلة قد يكون اختلافُ كلامه، موجبُهُ جهْل، فلو لم نعذره ما كان ملزوما بأكثر من اليمين، فكيف مع العذَر، والله تعالى أعلم.

وسئل أيضا عمن أقرَّ أنه دُفعَتْ له أمانة أخذها وجعلها في جيبه، وذكر أنها سقطت له، فهل يلزمه الضمانُ بجعله الأمانة التي هي دراهم أو ذهب في الجيب وبقائها الأيام فيه، ويُعَدُّ مفَرطا أم لا ؟

ص 82

فأجاب: إن الشيوخ قد عَدُّوا من موجبات الضمان الوضع في الجيب، وقيده بعضهم بجيب المشارقة وقال ابن حبيب: جيْبُ المغاربة هو الغاية في الاحتراز، فإذا كان عُرْفٌ في أن هذا العدد لا يبقى مثل هذه المدة

في الجيب وعدُّوه مفرِّطا صيرَ إليه وعُملَ بمقتضاه، فإن علة الضمان أكثر مدارها على التفريط في هذا الباب، والله أعلم.

وأجاب أيضا بأن المودع إذا قبض الوديعة بغير إشهاد صُدِّق في دعوى الرد مع يمينه إن اتهمه المودِع، وهو نص المختصر وغيره.

ولابن رشد رحمه الله: الأمانات التي بين المخلوقين أمرهم الله فيها بالتقوى والأداء ولم يأمرهم بالإشهاد كما فعل في مال اليتيم[10]، فدل ذلك على أنهم مؤتمنون في الرد إلى من ائتمنهم دون إشهاد، فوجب أن يُصَدَّقَ المستودَع في دعوى الرد للوديعة مع يمينه إن كذَّبه المودِعُ كما تُصَدَّقُ المرأة فيما ائتمنها الله عليه مما خَلَق في رحمها من الحيضة والحمل، إلا أن يكون دفعها إليه بإشهاد، فتبين أنه إنما ائتمنه على حفظها ولم يأتمنه على ردها، فيصدَّق في الضائع الذي ائتمنه عليه، ولا يصدَّق في الرد الذي استوثق منه ولم يأتمنه عليه، هذا قول مالك وجميع أصحابه، والله تعالى أعلم.

وأجاب الإمام القوري بما نصه: مُدَّعي ضياع الدراهم المبعوثة معه ليدفعها لفلان أو ليشتريَ بها كذا مصدَّقٌ فيما يدعيه مع يمينه، إلا أن يتبين كذِبُهُ فيغرم.

وسئل أيضا عمن استُودِعَ شيئا في السوق فجعله مع متاعه، وادعى ضياعه أو ادعى أنه نسيه في الموضع الذي دُفع له فيه أو سقط منه، ما يجب عليه؟.

فأجاب: المودَع ان ادعى النسيان ضمن، وان ادعى الضياع من غير تفريط لم يضمن، ويَحلف(هـ).

---

(10) إشارة إلى قول الله تعالى: ﴿وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رُشدا فادفعوا إليهم أموالهم ولا تأكلوها إسرافا وبدارا أن يكبروا، ومن كان غنيا فليستعفف، ومن كان فقيرا فلياكل بالمعروف، فإذا دفعتم إليهم أموالهم فأشهدوا عليهم، وكفى بالله حسيبا﴾. سورة النساء. الآية 6.

وقال (أي القَوري) : من استعار دابة فردها وربطها في دار ربها ولم يجده فيها فتلفت ضمن، لقول الله تعالى : ﴿ إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها ﴾[11] ولم يقل إلى منازلهم، ولو أُودعت عند رجل وديعةٌ لم يصحّ أن يودعها هو عند غيره وديعة ثانية، لأنه لم يأذن له في ذلك، ومن غَصَب شيئا ثم أودعه فهلك عند المودَع فليس له تضمين المودع إلا أن يتعدَى، ومن أُبضِع معه بضاعةٌ ليشتري بها سلعة فخالَف فإن رب المال مخيَّر في أن يأخذ ما اشترى أو يضمنه رأس المال(هـ) .

ص 83 **وسئل سيدي العربي الفاسي عن رجل توفي وترك بنات وعاصبا وخلّف أموالا عينًا وماشية وأرضا**، ثم إن العاصب المذكور أخذ ذلك المال دون البنات، وهُنَّ ناظراتٌ لم ينكرن عليه من أجل الحياء أو خوفا منه.

ثم إن إحدى البنات قد كان صار بيدها شيء من العين في حياة الأب على وجه الأمانة، ثم إن الأب المذكور حين حضَرَتْهُ الوفاة أوصى بوصايا وقيَّد دُيونا بالكتب كانت له على أناس شتَّى ولم يذكر أمانته التي عند ابنته المذكورة أصلا. فلما توفي أخذ العاصب في تشتيت المال المذكور، فأخفَتْ الابنة المذكورة ما كان بيدها، وهو أقلُّ من مَنَابِها من التركة إن قسمت التركة عليهن، ثم إن العاصب اتهمها وأراد استحلافها، فهل يلحقها إثم إن حلَفت على ذلك وأَخْفَتْهُ من أخواتها ومن العاصب على ما قلناه إن التركة لو تُرِكَتْ لصار لكل واحدة أكثرُ من الذي بيدها، فإذا قلتم : يَلْحَقها إثمُ اليمين، فأخفت ذلك عن العاصب الظالم ومكّنت أخواتها من حظوظهن من ذلك بعد يمينها، هل تكون مأثومة أم لا، إذ ذاك يكون في نيتها قبل يمينها؟، بين لنا ذلك.

---

(11) وتمام الآية قول الله تعالى : ﴿ وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل، إن الله نعمًا يعظكم به، إن الله كان سميعا بصيرا ﴾ . س. النساء. 58

فأجاب : أما الأمانة التي عند البنت المذكورة فهي موروثة بين جميع ورثة أبيها، فلا يجوز لها أن تستبد بها لنفسها، فإن كان ما أخذ العاصبُ من ذلك مثلَ نصيبه من الأمانة أو أكثر ولا يقدر على محاسبته الآن بحيث يأخذ كل ذي حق حقه فيجب على هذه أن تعطيَ أخواتها نصيبهن منها وتمسك هي نصيبها وتحلف للعاصب وتُوَرِّي وتُلْغِز في اليمين، وتنوي أنه لم يُخَلِّفْ بيدها شيئا يجب للعاصب فيه شيء، وبالله سبحانه التوفيق(هـ) .

وسئل بعض الناس عن رجل أودع عند آخرَ حليا فدفنه في موضع وبقي فيه نحوَ العامين، ثم ظهر موضع دفنه فأخرجه من ذلك الموضع ولم يُعْلِمْ أحدا من أهل داره أين وضعه، ثم توفي ولم يوص به، على أن رب الحلي كان جاره وقد علم بمرضه، فهل يؤخذ من تركته أو لا ؟

فأجاب : إن كان دفنه بإذن ربه في موضع معلوم فلم يوجد فيه فهو من ربه إن لم يوجد، ويحلف إن اتهمه ربه به، وأما إن دفنه بغير إذن ربه ولم يوجد مدفونا وكان دفنُهُ له من غير عذر في دفنه وإنما كان ذلك بزعم الورثة، أُخِذ من ماله وحاصَّ به غرماءه إن ثبت قبضه له ببينة لا مدفع فيها، والله سبحانه أعلم(هـ) .

ص 84 **وسئل العباسي عن ضيف أراد أن يبيت عند رجل وله رمَكَةٌ**(*)، وأراد رب الدار إدخالها في الدار وبابُ الدار صغير، وأبت الدخول منه، وذهب بها لدار جاره فأدخلت فيها وربُّها عالم بذلك ساكت، فسُرِقت في تلك الدار، وطلب ربُّ الرمَكَة الرجل الذي بات عنده بغرمها له.

فأجاب : إن علم المودِعُ أن المودَع ليس عنده محلٌّ تكون فيه الرمكة، وأنه يعطيها غيره، فلا ضمان عليه، وأحرى علمُه بالإيداع ورضاه به، والله أعلم.

(*) الرمكة : هي الفرس، أو البرذونة تُتّخذ للنسل، وتجمع على رمَك ورَمَكات، ورماك وأرماك، وكلمة البرذون يراد بها دابة الحمل، الثقيلة الحركة والمشي.

وسئل أيضا عمن أودع مالا عند شخص ثم أودعه هو لآخر ثم ادعى تلفه، هل يضمنه الأول أم لا؟.

فأجاب : إن لم يعجز المودَع عن رد الوديعة للمودِع وأودعها فهو متعدٍّ به، وكذا إذا عجز عنه وأودعها لغير زوجة ونحوها اعتيدا بذلك إلا لضرورة حدثت وثبتتْ، وحيث تعدى بالإيداع فعليه الضمان، وتعتبر القيمة يومئذ، والله أعلم.

وأجاب أيضا ـ عمن وضع حاجة عند آخر وقال له : إرعَها حتى نرجع إليها، فقال: نعم، ثم قام وتركها فتلفت ـ بأنه يلزمه غرمها.

كما أجاب أيضا عمن وضع أمانة عند شخص فادَّعى تلفها بأنه إن ثبت تعديه فهو ضامن، وإلا فلا، والقول له في عدمه، والله تعالى أعلم(هـ).

ووقع السؤال عن رجل من تونس أعطى بضاعةً لرجل أمانة يتَّجِر بها في بلاد المغرب من المواضع المأذون فيها عادة، فذهب المبعوث معه بالمال إلى المغرب، ثم قدم وادعى أنه أودعه ببلدة من بلاد المغرب، واستظهر بإشهاد في ذلك، وأن العدو ـ دَمَّرَهُ الله تعالى ـ، أخذ البلدة المذكورة واستولى على ما فيها، وأنه أخذ ما وجد بالبلدة من المتاع وغيره، فادعى رب البضاعة أن الرجل تعدَّى في مسيره إلى تلك البلدة، لأنه سافر بالمتاع من فاس إليها وطريقُها مَخُوف، وتعلَّق الضمان بذمته فلا يَسْقُطُ الضمان عنه بوصول المتاع إلى البلدة المأمونة، وأثبت أن الطريق مخوف، **فوقع الكلام بين فقهاء الزمان وتردَّدوا في النازلة، فقال قائل** منهم بضمان المبضع معه إذا ثبت ما ذكر، وقال آخرون بعدم الضمان.

فأجاب مفتي تونس الفقيهُ الخطيب أبو عبد الله سيدي محمد الرصاع بعدم الضمان، وانتصر له بمسائل مذهبية تدل على عدم الضمان شبيهةٍ بالنازلة المذكورة إذا ثبت العذر للإيداع وإن لم يقع منه إشهاد على الإيداع كما صححه جماعة من شيوخ المذهب.

ص 85 **المسألة الأولى** : أن ابن القاسم في كتاب القراض من المدونة قال فيمن نهى رجلا عن الخروج بالمال من مصر ثم خرج به إلى افريقية عينا ثم رجع به عينا قبل التَّجْرِ بِهِ ثم اتجر به بمصر فخسر أوضاع، قال: فلا ضمان عليه.

ووجه الشبه بقياس تمثيلي فيقال: مالٌ على وجه الأمانة تعدَّى في الخروج به ثم عاد سليما إلى موضع مأذون فيه فهلك فلا يقع الضمان فيه، أصله هذه المسألة لابن القاسم.

لا يقال بإبداء فرق بالإذن الجزئي في صورة ابن القاسم والإذن الكلي في الصورة الواقعة، والإذنُ الجزئيُّ أقوى من الكلي، **لأنا نقول**: العلة المنصوصة التي ذكر ابن القاسم: لأنه رده إلى مصر، وهذه العلة يحتمل أن يُرَاعىَ فيها الإذن العام في عدم الضمان من غير إضافة شيء إليه وهو الظاهر، ويحتمل أن يريد به الإذن الخاص وهو التجر في بلد مصر، فإن قلنا بالأول قلنا بما يناسب بساطة العلة، وإن قلنا بالثاني قلنا بما يناسب تركيبها، وبساطتُها أولى.

المسألة الثانية : من أنفق وديعة ثم ردها إلى موضعها فقد قال - أي ابن القاسم فيها -: لا ضمان فيها بعد ضياعها، وهي أحروية من النازلة، لأنه إذا كان لا ضمان مع رد المثل فأحرى مع رد العين، وقد استدل بذلك ابنُ القاسم في كتاب القراض.

المسألة الثالثة : ما ذكره ابن المواز رحمه الله قال: من استودع دابة أو ثوبا ثم أقر المودع بركوب الدابة ولُبْسِ الثوب ثم هلك بعد الرد، قال: صُدِّق المودَع بعد يمينه أنه ردَّه، قال: وهذا إذا أقر، وإن قامت عليه بينة فلا يصدق إلا في الرد، قال : وهو قول أصحابنا. ونقل عن سحنون أنه لا ضمان عليه مطلقا. **قال بعض المشائخ**: والخلافُ في هذه يجري على الخلاف في رد الوديعة بعد تسلُّفها، وفيه نظر.

المسألة الرابعة : ما ذكره الشيخ خليل في مختصره تبعا لغيره من قوله : « وبرئ إن رجعَتْ سالمة »[12]، قال شارحه ما معناه : فإن سافر بالوديعة حيث لا يجوز له ثم رجعت سالمة فلا ضمان إن ضاعت، فهذه قوية الشبهة وأقوى مما ذكرنا في الشبه.

المسألة الخامسة : إذا أدوع وديعة ثم تعدّى المودَعُ فأودعها ثم رجعت إلى يده فهلكت، فقالوا : لا ضمان عليه، وهذه قريبة من الرابعة في قُوَّة الشبه من هذه المسائل وغيرها، وتُقَوِي القياس الدَّال على عدم الضمان، وهو الصواب.

ومن قال بالضمان من أهل العصْر استدل على قوله بقول ابن القاسم : من اكترى دابة وبلغ الغاية ثم زاد زيادة على المسافة أو حَبَسَها أياما ثم رجعت بحالها فقال : لربها الكراءُ، وله الخيار في أخذ قيمتها يوم التَّعدي أو الكراء فيما حبسها فيه؛ قالَ : فكما أن ابن القاسم قال بالضمان ولو رجعت سالمة فكذلك في النازلة المذكورة، والجامعُ ظاهر مما تقدم.

ص 86

فظهر لي في رد هذا القياس الخ، قف على تمامه في المعيار، فقد بالغ في رد القول بالضمان، والله أعلم.

وأجاب العباسي بقوله: وأما مُودَع الغاصب فقال في كتاب الغصب من المدونة : ومن غصب شيئا ثم أودعه فهلك عند المودَع فليس لرب المال تضمين المودَع إلا أن يتعدى(هـ). ولا يلزم من علمه بالغصب أن يكون متعديًّا في قبول الإيداع، إذ قد يقبله ليحفظه حتى يرده إلى ربه، وبراءة الذمة محقَّقة، والمحقَّق لا يُرفع بوجود الاحتمال، إذ لا يرفع اليقينَ إلا اليقينُ؛

(12) وذلك في أثناء باب الوديعة.

والمعنى : وإن أودع المودَع (بالفتح) الوديعةَ عند الغير لعذر ثم زال العذر الموجب لإيداعها عند الغير بأن رجع من سفره أو بنى بيته، أو انتقل عنه جار السوء، ورد الوديعة لمحل إيداعها وتلفت برئ المودَع من ضمانها إن رجعت الوديعة من المودَع الثاني للمودَع الأول حال كونها سالمة من التلف والعيوب ثم تلفت بعد رجوعها... الخ.

نعم من التعدي ردُّ الشيء المودَع للغاصب مع علمه بالغصب، وأما إن غصبه الغاصب من المودَع فلا يضمن أي المودَع، لعدم التعدي، وراجع كلام ابن هلال(هـ).

وسئل ابن هلال عمَّن أخذ اللصوص لهم غنما وقد كان اللصوص أخذوا بقرا لغيرهم أيضا، فأخذ أرباب الغنم من اللصوص البقر بغير رضاهم وحبَسُوها حتى يرد اللصوص عليهم غنمهم، ثم إنهم ردوها عليهم فردُّوا لهم البقر، ثم إن أرباب البقر أرادوا تضمين أرباب الغنم لكونهم ردوا بقرهم إلى اللصوص، هل لهم ذلك أم لا، لأن أرباب الغنم لا يعرفون أرباب البقر، غير أنهم يعرفون أنها مغصوبة؟.

فأجاب : وأما من أخذ لهم اللصوصُ غنما الخ فالجاري على الأصول أنهم يضمنون البقر لأربابها وإن كانوا مجهولين، ألا ترى أنَّ من قَبِلَ إيداع شيء مغصوب من غاصب، عالما بكونه مغصوبا أن المودَع يكون حكمه حكم الغاصب، وبذلك فسر الأشياخ مسألة كتاب الغصب من المدونة، قالوا: وسواء كان الشيء المغصوبُ لمالك معيَّن أو غير معين، ولذلك لا يجوز لأحد قَبُول أموال الظَّلَمَة وديعةً، وقد ذكر عياض في المدارك عن بعض الأشياخ أن من قَبِلَ وديعة من مستغرق الذمة ثم ردَّها إليه فإنه يضمنها للفقراء، إلى غير ذلك مما ذكره الفقهاء في هذا المعنى، وبذلك كله يتبين في مسألتكم ضمان راد البقر المغصوبة إلى غاصبها وقد علموا بغصبها، **إذ لا يجوز لأحد أن يصون ماله بإتلاف مال غيره(هـ)**.

ص 87 **وسئل أيضا عن رجل أودع طعاما عند آخرَ، فاشتراه لنفسه وأشهد على ذلك، وبعثه لبلد آخر ليبيعه فيه، فوجده ربه في تلك البلاد**، فهل له أخذه أم لا؟، وهل الطعام المثليُّ والمقوَّمُ سواء أم لا؟.

فأجاب : وأما الطعام غيرُ المقوَّم يتعدى المودَع عليه فينقله إلى بلد فوجدَه ربه في ذلك البلد **فإنه ليس له أخذه بذلك البلد الذي نقله إليه**، وإنما

يعطيه مثله في البلد الذي أودعه به، هذا قول ابن القاسم وروايتُهُ عن مالك في العتبية والمجموعة وكتاب ابن المواز، وهو المشهور. **وقيل: يُخَيَّرُ بين أخذه طعامه بعينه حيث وجده** وبين أخذه مثله في البلد الذي أودعه إياه فيه.

وثالثها إن كان البلد قريبا فكالأول، وإن كان بعيدا فكالثاني، وهذا كله إن وجد معه طعامه بعينه، وأما إن استهلكه فلا يأخذ إلا مثله بالبلد الذي أودعه فيه إياه اتفاقا، قاله ابن رشد رحمه الله.

وأما إن كان الطعام مُقَوَّمًا وهو الجزافُ فحكمه حكم العُرُوض ينقلُها إلى بلد آخر تعديا، **ومذهب ابن القاسم في ذلك** أنه يُخَيَّرُ بين أخذه بعينه حيث وجده وبين قيمته ببلد الوديعة، لأن هذا مما يحتاج إلى الكراء عليه في حمله. **وقال سحنون**: ليس له إلا أخذُه بعينه حيث وجده، والمسألة حصَّلها ابن رشد، واشتراءُ المودَع في مسألتكم باطلٌ لا أثر له(هـ).

ووقع السؤال من السلطان أبي الربيع مولانا سليمان العلَوي رحمه الله عن مُرَابِطي الوقت يَستودعهم العمالُ الظلَمَةُ بعضَ الأموال التي غصَبوها على وجه الظلم والتعدي، وقصْدُهُمْ بذلك إخفاؤها عن السلطان بحيث إن عُزلوا أو ماتوا استردُّوها هم أو ورثَتُهم.

فأجاب المحقق أبو الجمال الشيخ الطيب ابن كيران بقوله:

وأما إيداع العامل المضروب على يده ففي الحطاب عن ابن عرفة في الوديعة ما نصه:

وقد تعرِضُ حرْمَتُها كمودِعِ شيء غصبه ولا يقدر القابل على جحدها ليردها لربها، أو الفقر(*) إن كان المودِعُ مستغرق الذمة، ولذا ذكر

(*) كذا في الأصل: الفقر، ولعل الظاهر المراد: الفقراء، كما يقتضيه المعنى، ويدل عليه ذكر الكلمة بنفسها في آخر الفقرة والعبارة، إذ المعنى أنه لا يقدر القابل لها من الغاصب لها على جحدها ليردها لربها بالنسبة لمسألة الغاصب، أو يردها للفقراء بالنسبة لصورة المودِع الذي يكون مستغرق الذمة بتعديه في أموال الناس وأخْذها منهم قهرا وغلبة وظلما، فهي في الحقيقة باقية على ملكهم، لأنها انتقلت إلى يد الغير، وهو الغاصب أو مستغرق الذمة، بكيفية غير مشروعة.

عياض في مداركه عن بعض الشيوخ أنَّ من قبل وديعة من مستغرق الذمة ثم ردها إليه ضمنها للفقراء(هـ) . وما ذكره من ردِّها للفقراء إ كان مودعُها مستغرق الذمة، يعني ولم يُعْرَفْ صاحبها المظلوم بها، إنما هو فيما إذا لم يُطالبه بها السلطان وخاف برفعها إليه ونحو ذلك، وإلا فظاهرٌ أنه لا فرق بينها وبين غيرها مما يضُمُّهُ السلطان لبيت مال المسلمين مما بيد هذا المستغرق الذمة، لأنه إذا لم يتعين المغصوب منه، فهو مال جُهلت أربابه، وهو من الجهات التي يعمر بها بيت المال كما في فتيا ابن جماعة إذ قال: « ومالٌ ضل صاحبه » الخ، فصار الإمامُ القَيِّمُ على بيت المال أو الناظر فيه بعد جهل المظلوم بها هو الأصل الثاني الذي تُؤَدَى إليه؛ ﴿ **إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها** ﴾(*) .

ص 88

وفي الحديث الصحيح : « ثلاثٌ مَن كُنَّ فيه كان منافقا خالصا : إذا حدَّث كذَب، وإذا خاصم فجر، وإذا اؤتمن خان »(هـ) .

ومما يدل على أن السلطان أحق بها، وأنه يجب تأديتها إليه إذا طلبها، ما ذكروه فيما خلَّفه الوُلاة الظلمة.

ففي المواق ما نصه : في طُرر ابن عات فيمن عمل للسلطان فظلم الناس أو كان قاهرا غاصبا أو قاطعا للسبيل أو سارقا أو تاجرا عمل بالربا ثم مرض وأراد التمخّي مما نال من ذلك، وقال في مرضه: إني نلت من أموال الناس أكثر من جميع مالي فأنا أُوصي بجميع مالي، قال: أفتى بعض فقهاء الشورى: إن أبى الورثةُ ذلك فليس للفقراء إلا الثلث خاصة، وكان ينبغي أن يفعل ذلك في صِحَّتِه، إلا إن سَمَّى طالبا مُعَيَّنًا وقام ذلك الرجل يطالب فذلك كالدين(هـ) .

قال المواق: وانظر، إن قام السلطان على مثل هذا فتقدَم في فتيا

(*) تمام الآية الكريمة ﴿ **وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل، إن الله نعمّا يعظكم به، إن الله كان سميعا بصيرا** ﴾. س. النساء، 58.

ابن رشد أنه كالطالب المعين، إلا إن كان ما باع مضى الخ، قف عليه، والله أعلم(هـ) .

تتمات : الأولى ؛ قال ابن عرفة عن سحنون : من مات عن وديعة بيده فادَّعاها رجلان، كُلٌّ واحد لنفسه ولا بينة لهما، وقال ابن الميت : لا أدري، إلا أن أبي ذكر أنها وديعة، فإنها توقف أبدا حتى تُسْتَحَقَّ بالبينة(هـ) .

وذكر في المعيار عن ابن الحاج -في رجل كانت بيده وديعة يقول : إنها لرجل لا يعرفه إلا بعينه، وطالت مدتها ومات، وبقيت بيد ورثته، ثم ماتوا وبقيت بيد ورثتهم- أن القاضي يُعَرِّفها سنة ثم يبيعها ويتصدق بالثمن على الفقراء والمساكين، ويتوخى بذلك أهل الستر منهم ومن لا يكشف وجهه للسؤال، وينوي بذلك التصدق عن صاحب المال الذي أودعه(هـ) بخ.

وفيه أيضا عن ابن داوود : حُكْمُ هذا المال أن يوضع في مصالح المسلمين الخ.

وفيه أيضا عن الزرهوني : حكم هذا المال أن يرجع إلى بيت مال المسلمين الخ. والظاهر أن ما في المعيار تفسيرٌ لكلام سحنون المتقدم لا خلافٌ له، خلاف ما استظهره الرهوني، إذ لا معنى لبقائه دائما حتى يفسد ولا ينتفع به أحد. تأمله، والله أعلم.

الثانية : في باب الإعذار من آخر طُرر ابن عات ما نصُّهُ: لبعض فقهاء الشورى – فيمن ادعى أنه أودع ثيابا عند رجل فأنكر ذلك، ثم قامت عليه بينة أنه أودعه أعكاما(*) لا يعرفون ما فيها ويظنونها ثيابا – أنه يُسجن ويهدد، فإن أقر بشيء حلف وكان القول قوله، وإن تمادى على إنكاره حلف

ص89

(*) الأعكام : جمع عِكْم بكسر العين وسكون الكاف : ما شُد وجُمع به من ثوب أو سواه. ويجمع على عكوم. ومن معاني الكلمة : العدل (بكسر العين) وهو مثل الشيء ونظيره، وكذا الكارة بالكاف، وهي من الثياب : ما يُكَوِّرهَ القصّار منها ويحمله فيكون بعضه فوق بعض. والقصّار هو : منظف الثياب ومبيضها بالغسل والتنظيف، وخاصة بالنسبة لثياب الصوف ونحوها.

صاحب الوديعة على ما يُشْبِهُ أنه يملك مثله ويأخذه بذلك، والظالم أحقُّ مَن حُمِل عليه، وقد قيل: إنه يحلف إذا لم تعين البينة شيئا بعد أن يُستبْرأ أمره بالسجن والتضييق عليه والتشديد إذا تمادى على إنكاره، ولا شيء عليه، وبالأول القضاء(هـ)، ونقله ابن غازي وصاحب المعيار، وسلَّماه.

الثالثة : قال ابن يونس عن أصبغ في العتبية: ولو قال دفنتُها فضَلَّ عني موضعُها فهو ضامن، لأنه فرط، إلا أن يقول: دفنتها في بيتي وحيث يجوز، فطلبتها في ذلك الموضع بعينه ولم أجدها، فلا يضمن(هـ).

ونحوه في المفيد، ونصُّهُ: قيل لأصبغ فيمن استُودع وديعة فدفنها في موضع، فلمَّا طُلِبَتْ منه قال: دفنتها في موضع ولا أدري أين الموضع؛ قال: هو لها ضامن، بخلاف ما لو قال: دفنتها في هذا الموضع ثم لم أجدها فيه، لأنه هاهنا بمنزلة قوله: سقط مني(هـ).

وقال اللخمي أيضا : قد يُحْمَلُ قول ابن القاسم في قوله يودعُها إذا خاف عورةَ منزله أن الوديعة ثياب أو عروض، ولو كانت دنانير وما أشبه ذلك مما يُكْتَم في الأرض ولا يخاف منه أن يضطر لإخراجها لم يكن له أن يودعها(هـ).

وبحث فيه أبو الحسن بقوله : وهذا لا يُسلَّم، لأن صاحبها لو أراد دفنها لدفنها هو نفسه(هـ). **ونحوُهُ قولُ ابن عبد السلام** : قد يقال: إن الدفن لها غير سائغ، وذلك أنه إذا لم يُخبر أحدا بمحل الوديعة فإنه مُعَرَّض للموت فيكون سببا لتلفها، وأما أن يخبر بذلك غيره فيكون في معنى إيداع غيره(هـ). **وقد علمت أن هذه أبحاث وهي لا تدفع الفقه**، ولذا قال ابن غازي بعد نقل كلام أبي الحسن ما نصه: وأما ابنُ عرفة فما نقل كلام اللخمي، وفي أول الوديعة من العُتبية أنه لا يضمن إذا دفنها، فتأمله مع كلام ابن عبد السلام وصاحب التقييد(هـ).

الرابعة : قال في المختصر : « وليس له الأخذ منها لمن ظلَمه بمثلها »[13] يعني ليس لمن أُودعت عنده وديعةٌ، – وقد كان المودِعُ بالكسر ظلمه بأخذ مثلها منه، – أخذُها والاستيفاء منها خُفية إذا أمكنه ذلك، بأن يجحدها مثلا، أو مات صاحبُها ولم يُعلم أحدا بإيداعها عنده، لأن مَن ظُلِمَ لا يظلِم، **لاكن قال الزرقاني : ما ذكره المصنف هنا ضعيف، والمذهبُ أن له ذلك**، وهو الموافق لظاهر ما يأتي له في مسألة الظَّفَر المذكورة في الشهادات بقيدها هنالك أن يكون أي الحقُّ غير عقوبة وأمِن فتنة ورذيلة(*)، وبدليل قوله تعالى : ﴿ **فَمَنْ اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم** ﴾(**)، والخبر هند بنت عتبة ابن ربيعة : « لما شكت إليه عليه الصلاة والسلام أن زوجها أبا سفيان لا يعطيها طعاما يكفيها وولدها، **فقال لها** : خُذِي ما يكفيك وولدك بالمعروف ».

ص 90

وأما خبر : « أدِّ الأمانة لمن ائتمنك ولا تخُن مَن خانك »، فأُجيب عنه بثلاثة أجوبة :

أحدها لابن رشد : أن معنى ولا تخن الخ، أي لا تأخذ أزيد من حقك فتكن خائنا، وأما من أخذ حقه فليس بخائن.

---

(13) سبقت الإشارة إلى هذه العبارة وبيان مكانها ومعناها في الهامش رقم 4 من هذا الباب.

(*) المرادِ بها قول المختصر أيضا في المسألة : « وإن قدر على شيئه فله أخذه إن يكن غير عقوبة وأمِن فتنة ورذيلة ».

والمعنى : وإن كان لشخص حق عند آخر ولم يقدر على أخذه بطريق الشرع لعدم البينة عليه مع إنكاره، وقدر على أخذ عين شيئه خفية فله أخذه، سواء علم غريمه بأخذه أو لم يعلم، إن يكن شيئه غير عقوبة، فإن كان عقوبة كقذف وقصاص منَ نفس أو طرف أو تاديب شاتم ونحوه، فليس له أخذه إلا بالرفع للحاكم، سدّا للذرائع، إذ قد يتعدى بعض الناسِ على بعض ويدعي أخذ حقه ولا يلزمه الرفع إلى الحاكم، وإن أمن صاحب الحق فتنة تحصلُ بأخذ حقه كقتال وإراقة دم، وأمن رذيلة كنسبته لسرقة أو خيانةَ بسبب أخذ حقه لنفسه خفية، فهذه شروط ثلاثة متى توفرَت لمن ظفر بحقه أمكنه أخذه واسترجاعه إليه.

(**) تمامها قول الله تعالى : ﴿ **واتقوا الله واعلموا أن الله مع المتقين** ﴾. س. البقرة، 194.

ثـانيـهـا لابن رزق وهو أنه ورد على سـبب، وهو أنه عليـه الصلاة والسلام سُئل عمَن أراد وطء امرأة ائتمنه عليها رجل قد كان هو ائتمن على امرأته ذلك الرجل السائل فخانه فيها ووطئها، فقال له: «أَدِّ الأمانة الخ.

وردَه تلميذه ابن رشد بأن الأصح من قولَيْ مالك عند أكثر أصحابه العراقيين أن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب.

ثالثها أنه لا يصلح للاحتجاج به لكثرة المقال فيه الخ، فالصواب تأويل ابن رشد(هـ).

وسئلت عن امرأة استعارت من نساء حوائج من حوائج النساء، مشتملة على ذهب وحجر وجوهر، ثم إن المرأة المذكورة أعارت ذلك لامرأة أخرى بغير إذن النساء المالكات لما ذُكِر، فدفعته هذه لبنت لها بقصد التزين به في وليمة كانت بدارها، فادعت البنت المذكورة أن ما ذكر سُرق لها ليلا، ماذا يلزم المرأة الأولى في ذلك؟. أجيبوا مأجورين حفظكم الله، والسلام.

فأجبت بأن لا ضمان عليها بمجرد إعارتها الحوائج لامرأة أخرى، إذ ليس ذلك وحده بموجب للضمان، لأنه أي فِعلها المذكور من قبيل المكروه فقط لا الممنوع حتى يوجب الغرم بمجرده، ومن المعلوم أن المكروه من قبيل الجائز، **قال الزرقاني** على قول المختصر: «وإن مستعيرا»(14) **ما نصُه**: مبالغةٌ في الصحة لا في الندب، إذ يُكْرَهُ للمستعير ثوبا أو كتابا إعارتُه لغيره، وكذا إذا استعار دابة للركوب كما في الإجارة، والصحةُ لا تنافي الكراهة، وكذلك قال بعض شيوخنا. ومحلُّ الصحة ما لم يمنعه المالك من إعارته إلى أن قال:

(14) وذلك في أول باب الإعارة المشار إليه في الهامش رقم 1 من نوازل هذا الباب.
والمعنى ممزوجا بالشرح: صحّ ونُدب إعارة شخص رشيد مالك منفعة تبعا لملك الذات، أي تبعا لملك ذات الشيء المعار ولمنفعته، أو مالكا لمنفعته فقط، بإجارة بلا حجر عليه، بل ولو كان مالك المنفعة مستعيرا لها من الغير، فلا تصح الإعارة من محجور عليه لصغر أو سفه أو مرض الخ.

ولا فرق في الحَجْر الجعلي بين أن يكون صريحا أو بقرينة. كقوله: لولا إخوتك أو ديانتك أو صداقتك ما أعرتُك(هـ).

ص 91 **وعليه** فإن لم يكن تحجير على المرأة لا بالصراحة ولا بالقرينة فلا غرم عليها، وإن كان عليها تحجير بما ذكر وخالفته تعلَق بها الضمان لأنها متعدية حينئذ، وأما المرأة الثانية فلا ضمان عليها بحال، والله أعلم، قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي لطف الله به.

وسئل ابن الحاج عن امرأة استعارت حليا من امرأة أخرى فضاع عندها فقالت: إستأجرته، وقالت صاحبته: بل اعرتُكه ولم أُكْرِه منك.

فأجاب : إن كانت صاحبته ممن تُكْرِي فالقولُ قولُ التي ضاع عندها، ويسقط عنها الضمان، وإن كانت ممن لا تكري الحلي فالقول قولها، لأنه لا يؤاخَذُ أحدٌ بأكثر مما يُقِرُ به الخ.

وسئل أبو القاسم بن خجو عمن استعار فخّارا من ربه ليخزُن فيه فبقي عنده سنة، ثم أعاره ربه لثان فحازه من الأول، ومات ربه فطلبه وارثه فوجده مكسورا، فادعى المستعيرُ الثاني أنه حازه كذلك، وادعى المستعير الأول أنه تَعَيَّبَ عند الثاني، وأنه كان دفعه إليه سالما، ولا بينة لأحدهما على قوله.

فأجاب : ليس على المعار له أوَّلا سوى اليمين ويبرأُ، وشأن ورثة المعير مع المعار له ثانيا، والله سبحانه أعلم.

وسئل أيضا عن رجل أعار أرضا لرجل فبنى بها، ثم توفي وترك أولاده فسكنوا في الدار ما شاء الله ثم ارتحلوا اختيارا منهم، فطلَبوا من رب الأرض أن يعطيهم قيمة زينتهم، وزعم ربُ الأرض أن لا شيء لهم، بل يجب عليهم الكراء طول مدة السكنى وقد زادت على العشرين سنة، فما الحكم في ذلك؟

فأجاب : إن أعار ربُّ الأرض أرضه لمن بنى فيها على وجه الإحسان، وسكن المعار له المدة الموصوفة ثم خرج وطلب زينته، كان رب الأرض مخيَّرا

في إعطاء قيمة الزينة لمزينها مطروحة بعد طرح من يقدر طارحا لذلك أو يأمره بقلعها(هـ).

وفي رسالة لابن عرضون ما نصه:

ذكر لنا حاملُهُ نازلة بغْله، وهي أنه أعطاه لمحمد اليزيدي يحمل عليه الصفائح للمقبرة الخ، ولا يخفاك أنه إن حمل عليه حَمْلَه المعتاد وعطب فمصيبته من ربه، وإن كان الحمل أكثر من المعتاد مما يَعْطَبُ به فمصيبته ممن حمل عليه ما يعطب بمثله، وإن أنكر أن يكون أعطاه فالبينة على المدعي واليمينُ على من أنكر. **والحقُّ إن تبين وجهه وجب إنفاذه**، والصلح سماه الله خيرا، والسلام(هـ).

ص 92

وسئل بعض العلماء عن رجُل كانت بيده حمارة مشتركة مع رجل آخر، ثم إنه أعطاها لرجل يسافر بها إلى موضع ليأتي عليها بزرع بينهما، فأكلها السبع في الطريق، فطلبه شريكه بقيمة نصفه، فهل الغُرْمُ على الذي حمل على الحمارة أو على الذي أعطاها له؟.

فأجاب : إن وقع التفريطُ من الذي حمل على الحمارة وجب عليه غرمها، والله أعلم(هـ).

وسئل القاضي أبو عبد الله المكناسي رحمه الله عن أناس لهم دار مبنية، إلا أنه قد دَثَر بعضُها فطلبها لهم بعض العمال على وجه العارية، فأذنوا له في سكناها فأصلحها الرجل المذكور، ولاكن قَهَرَ الرعية الذين كان عاملا عليهم في ذلك فأصلحوها له، ثم وقع الآن شنئانُ بينه وبين أرباب الدار، فطلَب منهم أن يعطوه قيمة ما زيَّن في الدار، فقالوا له: إحْمِل زينتك، لا حاجة لنا بها، لأنها لم تُفعل إلا بالحرام، فهل لهم ذلك أم لا؟.

فأجاب : إن رضي أرباب الدار أن يرفع الباني بناءه لم يُجْبَروا على إعطاء قيمته لما احتجوا به من الحجة إن صحت، والله سبحانه أعلم.

وسئل القاضي أبو عبد الله النالي عن رجل كانت له دار قديمة قد تخربت ولم يبق منها إلا بعض الحيطان قائمة، ثم إنه أنزل فيها رجلا بالسكنى فنزل فيها فبناها وزينها، وبقي ساكنا فيها نحو أربعة أعوام ولم يجعلا لها أجلا، ثم تخاصما، فقال المنزَلُ بالفتح: أعطني زينتي وأخرجُ من دارك، فقال له: ما أنزلتك بداري إلا لتُزَيِّنَ وتسكن، والآن لما أردت أن تخرج منها لا نُعطيك لا زينة ولا غيرها، على أن عرف البلد من أراد الخروج من غير ضرورة فلا زينة له، فما الحكم في ذلك؟.

فأجاب: ربُّ الدار حيث أعارها لغيره ولم يَضْرِبْ لعاريته أجلا فهو مُخيَّرٌ، إمَّا أن يتركه يسكن إلى أمد ما يرى أهل البصر والنظر يعار إلى مثله ويُعطيه قيمة ما أصلح في الدار من بناء وعُود منقوضا ويخرجه، وإمَّا أن يخرجه الآن قبل انقضاء ما يرى الناس أنه يعارُ إلى مثله، ويعطيه قيمة عمله قائما، هذا قول مالك.

وصفةُ تقويم ذلك أن يقال: كم تساوي الدار الآن؟، فيقال: عشرة مثلا، وكم تُساوي قبل بناء هذا المستعير على ما كان فيها مبنيا وما كان فيها من الحجر؟، فيقال: أربعة مثلا، فيُعلم أن قيمة عَمَل المستعير ستَّة، يَدفعها إليه رب الدار ويخرج، فعلى هذه الصفة تُقَوَّمُ، ولا كراء على المستعير، ولا غلة فيما لم يبين له، لأن العارية معروف، وإن لم يُردْ رب الدار إخراجه ويقول له: لا نعطيك قيمة عملك إلا منقوضا، أو أُسْكُنْ القدر الذي يعار إلى مثله، وأقله عشرة أعوام، فله ذلك، ويُخَيَّرُ المستعير، إما أن يأخذ قيمة عمله منقوضا أو يسكن إلى أمد ما يعار إلى مثله(هـ).

ص 93 **وسئل سيدي عبد الوهاب بن العربي الفاسي عن رجل قال لآخر: إرْكَبْ فرسي هذه وأركب فرسك ففعلا**، فلما كانا في بعض الطريق ومعهما خيل يلعبون دفع أحد الرجلين الفرس التي كان عليها فعطبت تحته، فطلبه ربها بغرمها، فقال له: ما أذِنتَ لي في ركوبها إلا لألعب بها، فقال له ربُّها:

ليست هي مما يُلعب بها لضعفها، مع أنك أجريتها في موضع صعب وأفرطت في جريها حتى أهلكتها، ووقع النزاع بينهما.

فأجاب بأنه إن أثبت الذي عطبت الفرس تحته أن ربها أذِن له في اللعب عليها ودفعها في موضع غير مخوف ولم يُعَنِّف عليها تعنيفا يخاف أن تعطب فيه فلا ضمان عليه، فإن كانت الفرس لا يلعب عليها لضعفها، أو يلعبُ عليها ولاكن لعب بها في موضع يُخاف أن تعطب في مثله، أو جرت العادة أن مثل تلك الفرس إنما تعار للركوب لا للعب، فهو ضامن لقيمتها، والأصل أنه متعدٍّ في لعبه بها حتى يثْبُتَ ما يُسقِط عنه العَدَاءَ، وبالله سبحانه التوفيق(هـ).

وسئل الإمام القوري عن الأقارب والأصهار ومن في معناهم يأخذ أحدُهُم متاعَ الآخر من غير مشورته ولا إذنه، وذلك على عادتهم وسيرتهم ولا مُنكِر لذلك منهم إلى أن هلك بعض المأخوذ من المستعير على الوجه المذكور، هل فيه ضمان أم لا؟.

وعن الأقارب والأصهار يعطي هذا لهذا ويتحاسَنُون فيما عندهم على وجه المعروف والمودة حتى حدث بينهم شنئان ومقاشحة فطلب أحدُهم ذلك، هل له ذلك أم لا؟.

فأجاب : العاريةُ إن ثبت فيها ما ذكرتم من غير تفريط ولا تضييع وكانت مما لا يغابُ عليه لم يضمنها آخذُها وإلا ضمن. ونصَّ اللخمي أن كلَّ ما لا يُطلَبُ إلا عند المشاررة لا يُحْكَمُ به لطالبه، والله سبحانه أعلم.

وسئل بعض العلماء عمن كان له فرس بثغر من الثغور، فأغارت خيلُ النصارى عليهم، والعادة عندهم أن الناس يفرون في ذلك الوقت، فمن وجد فرسا ركبه دون مشاورة صاحبه لينجو هو والفرسُ، فوجد هذا الرجل فرسا لجاره فركبه، فطلَبَتْهُ الخيل بعد هروبه مدة، فتطارح عنه ورقي في الجبل، فأخذته خيل العدو، وطلبه صاحب الفرس بضمانه لكونه متعديا في ركوبه.

فأجاب : إذا كان الأمر على ما وصفته فلا ضمان عليه، لأن العادة كالوكالة، قياسا على مسألة الأضاحي إن شاء الله.

ص 94 **وسئل أبو عمر عن العبد يأتي رجلا فيقول له : يقول لك سيدي : أَعِرْني دابتك إلى موضع كذا وكذا**، فيعيره الدابة وهو يظن أن سيده أرسله كما قال، والسيد لم يرسله فتهلك الدابة.

فأجاب : فيها اختلاف، فقال بعضهم: يُتْبَعُ في ذمته، وقال بعضهم: يكون جناية في رقبة العبد، والأحسنُ: يكون ذلك في ذمة العبد(هـ).

وسئل ابن زرب عمن يستعير العارية ثم يتطوع بضمانها إن هلكت.

فأجاب بأن ذلك يلزمُهُ(هـ).

وسئل ابن هلال عن رجل أعار رجلا أرضًا فزرع فيها قُطنا فأثمر وجنى ما كان فيها من القطن، وبقيت أصوله في الأرض فأثمر عام قابل، فاختلف زارع القطن ورب الأرض فيما خرج من القطن في العام الثاني.

فأجاب : إن ابن رشد قال عن ابن القاسم: من أعار رجلا أرضا فزرع فيها قطنا فأثمر في عامه وجناه وبقيت أصوله فنما وأثمر في عام قابل، فقال رب الأرض: لم أمنحك إلا العامَ الأول، وقال الزارع: هو لي من زريعتي، قال: إن كان القطن في البلد يُزرع كلَّ عام فحكمه حكم الزرع، وهو لرب الأرض، **ثم قال أيضا**: القطن لغارسه، وعليه كراء ما شغل من الأرض، إلا أن يكون الكراء أكثرَ من القطن فلا يلزمه أكثرُ منه، وثبت على هذا القول وقال: إنه أصوب(هـ).

وسئل أيضا عمن زرع أرضَه فجاء السَّيْلُ فجرَّ بذْره قبل نبته إلى أرض جاره وهي مزروعةٌ أو غير مزروعة فنبت فيها، فهل له اتِّباع بذره النابت في أرض غيره إن كانت غير مزروعة ويشاركه بحسب بذره إن كانت مزروعة، أو لا شيء له ويكون الزرع لرب الأرض وإن كان من غير بذره؟.

وعن خادم قام في أرض الغير بتوطيتها في المزارعة وتسهيلها من غير أن يؤاجره عليها ولم يأذن له في الخدمة، هل له عليه أجرته أم لا ؟

فأجاب : وأما مَن جَرَّ السَّيْل بذره من أرضه إلى أرض غيره فنبت فيها فالمنصوص لمالك رضي الله عنه في المدونة أن الزرع لمن جره السيل إلى أرضه، ولا شيء للزارع.

وأما من سهَّل أرض غيره ووطَّأها بغير إذنه ثم سأل ربَّه أجرته فإنه يُنظر، إن كان ربها ممن له بُدٌّ من الاستئجار عليها فعليه للذي كفاه ذلك أُجرتُهُ، وإن كان ممن لا يحتاج إلى شيء مما فعل هذا، أو كان يحتاج إليه إلا أنه ممن يلي ذلك بنفسه أو بغلمانه قد عُرِف ذلك منه فلا كراء عليه، هذه القاعدة في كل من أوصل نفعا إلى غيره بغير إذنه، ونص على هذا المعنى غيرُ واحد(هـ).

ص 95

وسئل بعض أهل العلم عمن استعار ثوراً لحرث أو درسٍ أو غير ذلك، فادعى أنه أصابه أمر خاف عليه الموت فذبحه، هل يضمنه أم لا ؟

فأجاب : نعم، يضمنه، وكيف إن شهِد له رجلٌ أو رجلان أنهما ناما حتى خَرَّ الثَّور فذبحه، أيضمن أم لا؟، فقال: لا يضمن إذا شهد له شاهدٌ عدلٌ مع يمينه، وكيف إن أخذ رجل دابة رجل من غير إذن صاحبها فركبها أو حمل عليها فهلكت أو عطبت، أيضمنها أم لا؟، **فقال: نعم، يضمن،** وكيف لو كان ثورا فأخذه بغير إذن صاحبه لحرث أو درس أو غير ذلك فهلك، أيضمن أم لا؟ فقال: نعم يضمَنُ(هـ).

وسئل أيضا عن رجل استعار دابة إلى مكان مسمى فهلكت منه.

فأجاب : على المستعير اليمينُ بالله ما حمَّلتها أكثر مما استعرتُها له ولا جاوزتُ بها ولا تعديت عليها، ثم لا شيء عليه، وعلى المعِير البينةُ أنه تعدَّى

عليها، فإن أقام البينة على التعدي فالمستعير ضامن له؛ **قيل له**: أرأيتَ إن أقام البينة أنه حمل عليها أكثر مما يحمل على مثلها، هل يُكلَّف البينة أنها ماتت مما حملتْ؟، قال: لا يُكَلَّفُ البينة إلا على التعدي.

وسئل أيضا عن الذي استعار دابة ثم قال: سُرِقَت أو تلفت.

فأجاب: إن ضيّع ضمن قيمتها، وإن لم يضيع وفعل فيها مثلَ ما يفعل الرجل في دابته، آواها حيث كانت دابته، ونحو ذلك مما يرى أنه لم يضيع فلا ضمان عليه، وعليه اليمين بالله أني ما ضيعتها ولا فعلت فيها أمراً هلكت منه على عهد مني، ولا ضمان عليه(هـ).

وسئل العباسي عن المعير إذا صدَّق المستعير في ضياع العارية وهي مما يغاب عليه، ثم عَلم أن تصديقه له يسقُطُ به عنه الغرم، فرجع في الحين وقال له: إنما صدقتك لعدم علمي بما ينبني على تصديقي إياك، ما الواجب في ذلك؟

فأجاب: **الأصل في الإقرار اللزومُ من البَر والفاجر**، لأنه على خلاف الطبع، ومنه تصديقُ المعير على التلف بلا تعَدٍّ ولا تفريط؛ وضابط ما لا يجوزُ الرجوعُ عنه من الإقرار هو الرجوع الذي ليس له عذرٌ عادي؛ وضابط ما يجوزُ الرجوعُ عنه أن يكون له في الرجوع عنه عذر عادي، أنظر تمامه في محله، والله أعلم.

ص 96 **وسئل أيضا عمن أعار خنجراً ثم ادعى المعارُ له تلفه**، وتكَلَّمَا معا حتى قال الثاني للأول: هل صدقتني في ادعاء تلف متاعك؟، فقال له: نعم، ما الواجب في ذلك؟.

فأجاب: الأصلُ فيما يغاب عليه من العارية ضمانُ المستعير له فيلزمه الغرم، إلا إن ثبت تلفه بالبينة بلا تعديه ولا تفريطه، أو صدَّقه المعير على ذلك، فإن ثبت تلفُه كما صدقه المعير كذلك فلا ضمان عليه(هـ).

مسألة: في نوازل اليازغي ما نصه : من استعار من رجل دابة ثم ردَها مع غلامه أو أجيره أو جاره فتلفت في الطريق فلا ضمان، لأن العرف جرى بذلك، نقلها الحطاب، أنظره، وانظر المكناسي في مجالسه، وكانت النازلة وقعت وأغفلنا النص المذكور، فراجِعْهُ(هـ).

قلت : ونص المكناسي المذكور: قال مُطَرِّف وأصبغ - فيمن يَستعير من الرجل الدابة فيردها إلى ربها مع غلامه أو أجيره أو جاره فتعطَبُ في الطريق أو تضل - : فلا ضمان عليه، ولا يكون بما فعل متعديا وإن لم يعرف ضياعها أو انفلاتها إلا بقول الرسول، مأمونا كان أو غير مامون، لأن عُرف الناس هذا أنهم إنما يردون ذلك مع الدَّنيِّ من الناس مثل العبد وما أشبهه، وسواء استعارها هو أو غيره،(هـ) بلفظه.

مسألة أخرى : قال في المجالس أيضا : فإن ادعى المستعيرُ رد العارية إلى ربها، هل يقبل قوله أم لا؟.

قلت : نقل ابن عرفة عن ابن حبيب عن مطرف أن المستعير لا يُقبل قوله في الرد إن كانت مما يغاب عليها إلا ببينة ولو أخذها بغير بينة، وكذا ما لا يغاب عليه إن أخذه ببينة، وإن أخذه دونها صُدِق مع يمينه، إدَّعَى هو ردَّها أو وكيلُه، وقاله أصبغ، إلا في دعوى ردها مع رسوله فلا يُصَدَّق وإن أخذها بغير بينة، قال ابن حبيب : وبقول مُطَرِف أقول(هـ).

سئل العلامة المحقق السلجماسي عما يظهر من جوابه، ونصُّه:

العقيق الذي كان الهالك شَوَّر به ابنته -، وأشهد أنه على وجه العارية عندها لم يُملكه لها - موروثٌ عنه يدخل فيه سائر الورثة، ولا تختص البنت المذكورة منه بشيء زائد على ما ترثه من أبيها وإن ثبت أنه متخلِّف عن أمها، لأن الواجب لها بالإرث من أمها تحاسب فيه بما أنفق عليها أبوها وهي

ص 97 صغيرة من يوم ماتت أمها ولو لم يكن الأب أشهد بالعارية، فأحرى حيث أشهد، لأن إشهاده يدل على أنه ملك له ليس لها فيه حق، وذلك دليلٌ على أنه لم ينفق عليها من حين ملكت نصيبها منه احتسابا، بل ليحاسبها.

قال الشيخ ميارة في شرح التحفة: إن كان مالُ الابن عَرْضا أي تركتْه أمه أثاثا ولباسا وفراشا فيوجد ذلك بعينه في تركة الأب فللورثة الرجوع على الولد بالنفقة، إلا إذا أوصى وقال: لا تحاسبوه، ولم يكتب عليه نفقة، فلا إشكال في عدم محاسبته، وأما إن لم يوص فيحاسَبُ(هـ).

فإذا كان الابن يحاسب بالنفقة عليه من أبيه عند عدم النص على ترك المحاسبة فأحرى أن تحاسب البنت في النازلة مع وجود ما يدُل على المحاسبة، وهو إشهادُهُ بعارية العقيق لها، الدَّال على خُروجها من نصيبها منه، والمراد بمحاسبتها إخراجُهَا عن الحظ الذي ورثت في العقيق عن أمها لا أنها تُتَّبَعُ بما زاد على ذلك في ذمتها لكونها كانت فقيرة، فنفقتها واجبة على أبيها لا تسقط عنه إلا في غناها بإرثها من أمها، فإذا نفذ(*) ذلك قَبْلَ دخولها لزوجها عادت النفقة على أبيها كما كانت واجبة قبل ذلك، وهذا واضح(هـ).

وسئل أيضا عن امرأة بكر زوَّجها أبوها من رجل فشوَّرتْها أمها بحوائج وعقيق وحلي، وكتبت ذلك في رسم ولم تذكر في الرسم هبة ولا عارية، ثم بعد ذلك بالقرب توفيت الزوجة عند زوجها فادعت أمها المذكورة أن ما شوَّرت به ابنتها لم تملِّكه لها، وإنما قصدتْ العارية والتجمل مع بقاء ذلك

(*) كذا في الأصل: نفذ بالذال المعجمة، وهو من النفوذ، بمعنى مضي الأمر وجريه وتمامه. ولعل المراد: نفِد، بكسر الفاء والدال المهملة، إذا فرغ، وتم وانتهى، أي إذا نفد إرثها من أمها قبل دخول الزوج بها رجعت النفقة واجبة على أبيها كما كانت قبل استغنائها بإرثها، فليُتأمل وليحقق.

ومن ورود الكلمة بهذا المعنى قول الله تعالى: ﴿ **قل لو كان البحر مدادا لكلمات ربي لنفد البحر قبل أن تنفد كلمات ربي ولو جئنا بمثله مددا** ﴾. س. الكهف، 109.

في ملكها، هل يقبل قولها وتختص به، أم لا ويكون ميراثا عن البنت يدخل فيه زوجها وأبوها؟.

فأجاب بأن دعوى الأم العارية فيما جهَّزت به ابنتها لا تقبل، ادعت ذلك بالقرب أو بعد الطول، وليست كالأب الذي يُقبل قوله في السَّنَة، ولذا قال في المختصر: «وقُبِلَ دعوى الأب فقط في إعارته لها في السنة بيمين»[15]، الخ. فمفهوم قوله (فقط) أن الأم لا تُقبل دعواها وهو كذلك. ويؤيد ذلك قوله في التوضيح: ولا تُقْبَلُ دعوى العارية إلا من الأب في ابنته البكر فقط.

وفي المفيد: قال ابن حبيب: إذا ادَّعى الأبُ بعض ما جهَّزَ به ابنته البكر بعد دخول الزوج بها أنه له، وأنه أعاره إياها، فالقول قوله مع يمينه ما لم يطل زمان ذلك جدا، ولا يكون هذا إلا للأب في ابنته البكر بعد دخول الزوج بها.

وسئل عبد الملك بن الحسن عن الرجل يمرض والده فيأتي بمال إلى امرأة في جواره فيقول لها: يقول لكِ والدي: إرفع هذا المال، ثم يهلك الوالد فيأتيها الولد الذي أتاها بالمال يطلبه منها، فقالت له: لست أعطيكه وحدك إلا مع

(15) وذلك في أثناء الفصل المتعلق بأحكام الصداق من باب النكاح.

والمعنى: «وقبل دعوى الأب، وكذا وصيه ولو أما فقط دون غيره من أهلها إن لم يكن وصيا في إعارة الأب لبنته شيئا من حلي ونحوه بثلاثة شروط: أحدها كون دعواه في السنة معتبرة من يوم البناء.

وثانيها كونها محجورة، ثالثها أن يبقى بعد العارية ما يفي بجهازها المشترط أو المعتاد، فإن لم يكن في الباقي وفاء به فقال ابن حبيب: يحلف ويأخذه، ويطالب بإحضار ما يوفي بالصداق، وتابعه على ذلك ابن المواز.

وفي قول المصنف: «بيمين» تلفيق من قولين، لأن القائل بقبول قول الأب في السنة فقط لم يشترط اليمين في ذلك، ومن اشترط اليمين قال: يقبل قوله في السنة، وثلاثة أشهر بعدها.

وقبول قول الأب في دعوى الإعارة في هذه المسألة بالشروط المتقدمة إن وافقته البنت، بل وإن خالفته في دعوى الإعارة، ولا يُقبل قوله ودعواه الإعارة لها إن بعُد الزمان وتأخر طلبه عن السنة، والحال أنه لم يُشهد قبل البناء على أن هذا الشيء المعطى لابنته من حلي وغيره عارية، وإلا فإنه يُقبل قوله بعد السنة، ولو مع بُعْد.. الخ.

ورثته، ويقول الابن: المال لي وأنا اسْتودعتُه، وتقول هي: بل أتيتني على لسان والدك فينكر.

فأجاب: أرى أن تأتي السلطان فتُعلمه بأمر المال ويرى فيه رأيه(هـ)، وكذا سائر الأولياء في البكر والثيب ليس لهم ذلك.(هـ) بخ.

ونقل الحطاب عن البرزلي أن الصواب أن الأم غير الوصية ليست كالأب في هذا المعنى، والله أعلم، إنتهى.

ص 98

قلت: ما انفصل عليه السجلماسي من أن الأم هنا ليست كالأب خلافُ ما لشيخه أبي علي بن رحال، ونصُّه في حاشية التحفة: قوله: « الأب » يقتضي أن الأم بخلاف ذلك، وهو كذلك، إلا أن تكون وصية، وإن لم تكن وصية فالصواب على ما يظهر من كلام الناس أنها لا مقال لها، ولا تُصَدَّق قبل السنة ولا بعدها؛ وفيها كلام طويل نقلناه في الشرح، ولاكن أنظره، فإن من وقف عليه يظهر له أن الأم كالأب في هذا المحل، وبه أفتى ابن عرفة أولا وإن توقف في ذلك حين عُورض في المسألة كما في البرزلي، ولكن مالَ لكلام ابن عرفة بعضُ الشيوخ للعرف كما في احلولو، وهذا يرجح – على ما يُفهم من كلام الناس – أن الأم مخالفة للأب من جهة، فإنها إذا كانت رشيدة جَلدة، والأمُّ(*) منضَمَّة إليها بارة بها، ولا أب للبنت، فإنها كالأب في هذا، بدليل العرف، فإن مَن مازج الناس علم أن الأم بالوصف المذكور كالأب أو أكثر، فإن الأمهات رأينهن يُعرن بناتهن الحوائج العظيمة الأثمان، ويتكلفن في ذلك غاية، وتفعل ذلك ولا ترجع عن فعلها إلا إذا لم تجد لذلك سبيلا بكل حال، ولاسيما في بلدنا فاس أدامها الله لأهلها وأمَّنهم بها، فإن نساءها

(*) كذا في الأصل: كلمة الأمّ، وهي تستوقف القارئ للتأمل والتفكر، هل المراد كلمة الأم أو البنت، تبعا لما يتناسب مع المعنى ويقتضيه السياق، فليتأمل وليحقق.

يجتهدن في هذا لبناتهن غاية، ويبلغن في ذلك النهاية، ولاسيما إن كن من أهل البيوتات وممن له تنافس في هذا ومروءة تامة. وممن يخفن من العار، فافهم هذا فإنه يظهر غاية، فاشدُد عليه يديك إن كانت الأم على ما وصفنا(هـ).

قلت : **وما قاله رحمه الله واضح**، فإن العرف جار بذلك، وقد ذكر أن المدار هنا على العرف كما أشار إليه ابن عبد السلام، لاكنه خلاف ما اعتمده شراح المختصر وحواشيه، فإنهم أطلقوا ولم يفصلوا هذا التفصيل.

قال الزرقاني : وقُبل دعوى الأب ووصيه ولو أما فقط، لا الجد والجدة، ولا الأم غير الوصية في إعارته لها في السنة بيمين..» الخ، وذكر البرزلي في مسائل النكاح عن ابن عرفة أنه أفتى أن الأم كالأب، قال: فعارضتُهُ بقول ابن حبيب، وذكْر كلامه في الواضحة فتوقَّف في المسألة وأرشد إلى الصلح، واستصوب البرزلي أن الأم ليست كالأب، وجزم به الأفقهسي فيما نقل عنه(هـ)، وبهذا أيضا أفتى القاضي بردلة كما في نوازله.

ص 99

وسئلت عمن ادَّعى على رجل أن ولده يسرح له بقرتين وضيَّعهما له، **فأجابه** بأنه إنما دفع ولده يسرح لأناس آخرين بالعام، ولا علم عنده بكون ولده يسرح لهذا المدعي، فأثبت ببينة أن الولد كان يسرح له بقرتين ويأخذُ منه أجرتهما في كل شهر الخ. فوقعت الفتوى بعدم ضمانه لكونه دون بلوغ، بل مراهقا فقط، وصاحب البقرتين هو الذي سلَّطه عليهما، وفي المختصر: «وضمن ما أفسد إن لم يؤمَّن عليه..» الخ.

فأجبت : **الحمد لله**؛ إن ثبت ببينة مقبولة شرعا أن والد الراعي كان عالما بسَرْحته لبقرتي المدعي وموافقته معه على سرحتهما فإنه ضامن لهما إن ثبت تعدي الولد أو تفريطهُ، لأن والده يكون حينئذ هو الذي نصبه لذلك، فيلزمُهُ غرم ما أتلفه بتعد أو تفريط.

قال الزرقاني في شرح قول المختصر: ـ « وإن أودع صبيا أو سفيها أو أقرضه أو باعه فأتلف لم يضمن »[16] الخ، ـ ما نصه: ثم عدمُ الضمان مقيَّدٌ إذا لم يَنصبه في حانوته، فإن نصبه فيه ضمن ما أتلفه مما اشتراه، أي لأنه لما نصبه للبيع والشراء وقبول القرض والوديعة فقد أطلق له التصرف فيضمن، والمراد يضمن وليه الناصبُ له لا الصبيُّ (هـ).

فقوله: « مما اشتراه » أي أُوجِر عليه كما هي أو النازلة، لأن الإجارة كالبيع، بل هي نوع منه، لأنها بيع المنافع، وهو بيع الرقاب، واسم البيع يجمعهما؛ وأما إن لم يثبت على الراعي تعد ولا تفريطٌ، أو لم يثبت علم والده بذلك وموافقته معه فلا غرم أصلا. **نعم، قال المواق**: إن ادُّعِي على ولي المحجور العلم بالتصرف حلف أنه لم يعلم إن كان غير غائب عن البلد حين التصرف (هـ).

وأما الاحتجاج على عدم ضمان الراعي بقول المختصر: « وضمن ما أفسد إن لم يؤمن عليه » الخ فغيرُ تام، لأن موضوعه في الوديعة فقط، لما قاله المحشي بناني ونقله عن أبي علي بن رحال عند قوله: « وإن أدوع صبيا أو سفيها » إلى آخره، والكلام هنا في الإجارة التي هي نوع من البيع، والله أعلم.

---

(16) وذلك في أواخر باب الوديعة وأحكامها.
والمعنى: وإن أودع ذو مال ماله صبيا أو سفيها، أو أقرضه له، أو باع لهما شيئا بثمن مؤجل، أو أسلمه في مؤجل فأتلف المالَ المودَع أو المقرض أو المبيع للصبي أو السفيه، لم يضمن أي واحد منهما ذلك الشيء، إن قبل ذلك بغير إذن أهله، بل، وإن قبله بإذنه، وهذا بعد الوقوع، ويكره لهم إذنهم له فيه، لأنه تقرير بإتلاف المال.

نوازل نفي الضرر[1]

ص 99

أجبت عن مسألة بما نصه :

الحمد لله؛ حيث ثبت بأرباب البصر أن التكشف حاصلٌ على دار بناني من ستٍ عشْرة طاقات كبار وثلاث عشرة صغارا من الدار التي يبنيها ابريشة الخ فلا إشكال في وجوب سدها والمبادرة إلى إزالة ضررها، لأن ذلك منكَر، ورفعُهُ واجب على الفور. قال في المختصر: « وقُضِيَ بسَدٌ كُوَّة فُتِحت »[2] الخ، **وقال في التحفة :**

ص 100

وإن يكن تَكَشُّفا فلا يُقَرْ * بحيث الأشخاص تَبِينُ والصُّور

أي وإن يكن الضررُ بالتكشف والاطلاع من الكُوى والغرف على جيرانه فلا يُقَرُّ عليه مُحْدِثه، بل يمنع منه كما قال قبل هذا :

ومُحْدِثٌ ما فيه للجار ضرر * محقَّقٌ يمنع من غير نظر،

أى من غير تأخير.

(1) وقد تعرض الشيخ خليل رحمه الله تعالى لبعض مسائل هذا الباب، وذكرها في باب الشركة وأحكامها، وهو الباب الذي بدأه بقوله: باب، الشركة إذن في التصرف لهما مع بقاء أنفسهما ».
أي إن الشركة في معناها الشرعي : هي إذن من اثنين فأكثر في التصرف لبعضهما مع بعض في مالهما أو ببدنهما أو في ذمتهما مع بقاء تصرف أنفسهما، وهذا يفيد أن الشركة ثلاثة أنواع : شركة الأموال، وشركة الأبدان، وشركة الوجوه، أي الذمم، ولكل منها تعريفها وأحكامها الخاصة بها المذكورة في الكتب الفقهية، وفي الباب الخاص بها.
ومنها منظومة التحفة في باب الضرر وسائر الجنايات، والذي بدأه بقوله:

ومُحدث ما فيه للجار ضرر * محقّق يُمنع من غير نظر
كالفرن والباب ومثل الأندر * أو ماله مضرة بالجُدُر

(2) وذلك في باب الشركة، المشار إليه قبل هذا التعليق في الهامش رقم 1 .
والمعنى: وقضي على جار بسد طاقة أحْدَث فتحها، ويشرف منها على جاره، وأريد سدُّها من ناحية من فتحها، وإبقاؤها مفتوحة من ناحية جاره، ولم يرضه، إذ لا يكفي ذلك عند الإمام مالك وابن القاسم رضي الله عنهما، إذ ذاك ذريعة إلى ادعاء فاتحها في المستقبل قدَمها واستدلاله عليه بفتحها من جهة جاره، ومفهوم قوله: « فُتحت » أن القديمة لا يُقضى بَسدِّها، وهو كذلك على المشهور.

وقال ابن الرامي **في كتاب الأبنية نقلا عن طرر ابن عات** : مَن أحدث غرفة يتطلع على أُسطوان جاره منها مُنِعَ.

ومن أسئلة ابن الحاج: قال ابن الهندي: من أحدث طاقة أو غرفة يطَّلِعُ منها على أسطوان دار جاره أو غرفته منع من ذلك الخ.

وقال قبل هذا: والذي جرى الحكم به عندنا بتونس وعليه العمل أن يمنع من الاطلاع والكشف، وبه كان القاضي يحكم، ونزلتْ كثيرا في قضائه فقضَى بسدها الخ. وقال قبل هذا : وفي الكوَّة المحدثة قولان، المشهورُ السَّدُّ، **أما القول الأول وهو المشهور في سد المحدثة** فمن المدونة: قال سحنون : **قلت لابن القاسم**: أرأيتَ لو أن رجلا بنَى قصورا إلى جنب دار رجل ورفعَها عليها وفتح فيها أبوابا وكُوَّة يُشرف منها على داري وعلى عيالي، أيكون لي أن أمنعه من ذلك في قول مالك؟، قال: نعم، قال مالك: وقد قاله عمر بن الخطاب رضي الله عنه، أخبرنا بذلك ابنُ لهْيعة(هـ).

فظهر بهذه النقول أن فتح كوة واحدة من الضرر، فكيف بذلك العدد الكثير الذي لا يُغتفر بحال، والعلم لله الكبير المتعال، قاله وكتبه المهدي لطف الله به.

تنبيه : قال ابن ناجي في شرح قول المدونة : (ومَن رفع بنيانه ففتح كوة ليشرف منها على جاره مُنع) **ما نصه**: يدخل في قوله (على جاره) البساتينُ التي جرت العادة بسكناها بالأهل ولو في الصيف خاصة، وهو كذلك، وعليه العمل. وحكى ابن الطلاع فيه خلافا، وأما اطلاعه على الفدادين والمزارع فلا يُمنع اتفاقا(هـ).

ابن سلمون نقلا عن ابن الحاج: الاطلاع من البنيان على ثلاثة أقسام: **الدُّور**، ولا خلاف في المنع من الاطلاع عليها، **والفدادينُ والمزارع**، ولا خلاف

في إباحة البنيان الذي يطلع منه عليها، **والجنَاتُ** مختلَفٌ فيها، قاله ابن الطلاع(هـ)، قف عليه ولابد.

وسئلت عمن اشترى روضا بداخله حُفرة يجري إليها ماء المطر من زنقة ص 101 **قرب الروض المذكور في إبان نزول المطر، ويجتمعُ الماء بالحفرة**، إذ لا مَصْرِف له سواها، ولهذه الحفرة ما يزيد على عشرين عاما، وضررُها يتزايد بكثرة الأمطار وتواليها، فلا تزال تنهار أطرافُها ويتزايدُ اتساعها مع ما يُخْشَى على الجُدرات القريبة إليها من سريان الماء منها إليها، وذلك كله من عدم بنائها، فهل يُقضى على أهل هذه الزنقة ببناء الحفرة المذكورة على الكيفية المعهودة المانعة من تزايدها ولا يخفُّ ضررها إلا بالبناء المذكور أم لا؟،

وإن قلتم: لا يقضى عليهم فهل لا كلام لهم إن منعوا صاحب الروض من تغطيتها ويقضى عليهم بذلك، لما يُخشى من بقائها كذلك من الضرر بسقوط الصبيان وغيرهم فيها، وليس في بقائها كذلك لمن ينازعه منفعة، وإنما مقصودهم الضرر، أَوْ لهم الكلام معه ولا يُقضى عليهم بذلك؟.

فأجبت : الحمد لله؛ يقضى لصاحب الروض بتغطية الحفرة المذكورة من ماله الخاص به إن أراد ذلك، ولا كلام لمن ينازعه من أهل الزنيقة المذكورة لما في بقائها مفتوحة من الضرر، فتغطيتها مصلحة، ولا ضرر على المنازعين له في تغطيتها، هذا هو الذي يفهم من كلام الأئمة؛ قال الشيخ أبو علي بن رحال في حاشية التحفة نقلا عن المعيار: القاعدة أن المرافق التي لا ضرر فيها لا يمنع منها من أراد إحداثها، لأنه ينتفع، وغيره لا يتضرر. ومَثَّلَ ذلك باتخاذ كنيف يغطيه تغطية متقنة بحيث لا ضرر ينشأ من ذلك، قف على الشرح الخ.

وقال ابن عبد الصادق في شرح المختصر : قال بعض المتأخرين: لاشك أن من وضع مجرى كنيف بطريق المسلمين وواراها وغطَّاها وأتقن غطاءها وسَوَّاها بالطريق لا يمنع من إحداثها، ولا يُقضى عليه إن فعل بزوالها حسبما نص عليه الإمام البرزلي وغيره.

وفي نوازل الأقضية والشهادات من المعيار عن ابن لب : القاعدة أن المرافق التي لا ضرر فيها لا يمنع من أراد إحداثها ، لأنه ينتفع ، وغيرُه لا يتضرر.

وقد اختلف العلماء في المرافق التي تضر بالجار فكيف بما لا ضرر فيه بوجه(هـ).

وفي نوازل الدعاوي من المعيار أن من أراد أن يحدث ساقية أو قادوسا من الماء الحلو أو غيره في السكة الغير النافذة ويغطي ذلك بالحَجَر بحيث لا يضر أحدا، فإنه لا يمنع من ذلك ولو بغير إذنهم، وبنحوه أفتى السراج حسبما نقلناه في نوازلنا، قاله في البهجة.

ص 102 **وسئل الشيخ الرهوني عن رجل كان له مَرفِقٌ مشترك مع غيره**، وانتقل منه لمرفق آخر وأراد أن يُجري مرحاضه في المرفق الأول مدفونا بالجير والحجارة والأجور، بحيث لا يضر بالمارين أصلا، هل لأشراكه منعُهُ من ذلك أو ليس لأحد منعه لأنه لا ضرر عليهم في ذلك، وإنما المدار على الضرر وعدمه ؟، بين لنا ماجورا.

فأجاب : الحمد لله ؛ إن لم يكن في ذلك ضرر فليس لهم منعه، وإن كان فلهم المنع، والله أعلم(هـ).

فهذه النقول كما ترى دالة على أن صاحب الروض لا يُمنع من تغطية الحفرة وبنائها بالحجارة والأجور بناء متقنا، إذ بذلك يُومَن من سقوط الصبيان وغيرهم بها، وتنكَفُّ الحفرة عن زيادة الاتساع المؤدي إلى ضرر الجدرات. **وأما أهل الزنيقة فلا يُجْبَرُون على تغطيتها ولا على بنائها**، لأن مشتري الروض قد رآها كذلك وقت الشراء ودخل عليها ورضي بها، فلا كلام له معهم، والله أعلم، قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي الوزاني لطف الله به.

وسئلت عما يظهر من الجواب، ونصُّه :

الحمد لله ؛ حيث كان المدعي وإخوته محجورين وقتَ إحداث السَّرْجَمَيْن عليهما، وسكتوا عن إحداثهما مدة طويلة، **فلا يضرهم ذلك** حتى ينطلقوا من الحجر ويستمروا على السكوت بعد **ذلك** عشرة أعوام أو أكثر من غير عذر. **قال المتيطي** بعد حكاية القولين في قدر ما يجاز به الضرر، - هل عشرة أعوام أو أكثر - **ما نصه**: إلا أن يكون المحدَث عليه صغيرا أو مُوَلّىً عليه أو بكرا غير معنَّسَة فلا يضرهم السكوت وإن طال **ذلك** حتى يبلغ الصغير وتُعنس البكر وينطلق المولَّى عليه ثم يسكتون بعد **ذلك** المدة المذكورة على القولين، عالمين بمالهم في ذلك من القيام(هـ).

وقال في البهجة على قول التحفة:

وعشْرة الأعوام لامرئٍ حضر * تَمنع إن قام بمحدث الضرر - مانصه:

فُهِمَ منه أنه إذا كان غائبا أو مضت عليه أقل من عشرة أعوام، أو كان محجورا مُوَلّىً عليه أو صغيرا أو غير عالم أو غير ساكت، أو كان له عذرٌ في سكوته من سطوة ونحوها فهو على حقه ولو طالت المدة حتى تمضي عشرُ سنين من قدومه من الغيبة وزوال الحجر وحصول العلم ونحو ذلك(هـ).

ص 103 **فإذا تقرر هذا** ظهر أن المدعى عليه المذكور أعلاه يجب عليه غلق السَّرْجَمَيْن المذكورين، لأن المدعي وأخواته حديثو الإنطلاق من الحجر، فلم تمض عليهم الآن مدة الحيازة ولا نصفها، والله أعلم، قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي الوزاني لطف الله به.

وسئلت عما يظهر من الجواب، ونصه :

الحمد لله ؛ **لا يخفى أن اتخاذ البقر بين الدُّور في الحاضرة، لاسيما في وسطها والمواضع الرفيعة منها، هو من الضرر الذي لا يقر عليه بحال، ويتعين**

رفعه على كل من قدر عليه بلا إشكال، لما في ذلك من تلطيخها لأبواب الدور بأزبالها ومنعها أهل الحومة حيث تقف من المرور بإزائها ومن إذايتها بنطح الصبيان وغيرهم بقرونها إلى غير ذلك مما يحصل من ضررها، مع كون العادة جاريةً في الحواضر كلها أن البقر إنما تُتَّخذ بأطراف الحاضرة لا في وسطها.

قال ابن الرامي فيما لا يجُوزُ عمله في الشوارع ما نصه:

وكذلك ذبحُ الجزور على باب القصَّاب، وتلويثُهُ الطريق بالدم، منكر يجب المنع منه، بل حقه ذبحه في دكانه ويتخذ فيه مذبحا فإن ذلك يضر بالناس، **وكذلك طرْحُ الكُناسات على الطريق، وتبديد قشر البطيخ، ورشُّ الماء بحيث يخشى عليه الزلق، فكل ذلك منكَر، وإرسال الميازيب المخرجة من الحيطان إلى الطريق الضيق، فإن ذلك ينجس الثياب لضيق الطريق، ولا يمنع منه في الطريق الواسعة الخ.**

وقال الخرشي على قول المختصر: «وأندَرٍ قبَل بيْت»[3] **ما نصه:** ومن أراد أن ينفض حُصُره أو غيرها على باب داره وهو يضر غبارهُ بمن يمر بالطريق يمنع من ذلك، ولا حجة له أن يقول إنما فعلته على باب داري(هـ).

وقد حكم العلماء بمنع اتخاذ الحَمَام والدَّجاج والنحل بالحاضرة، مع أنها أقل ضررا من البقر بكثير، وبمنع اتخاذ الكلاب بها أيضا.

ففي نوازل العلامة أبي زيد سيدي عبد الرحمان الحائك أنه سئل عن اتخاذ الدجاج وشبهه إذا كان يضر بالناس.

---

(3) العبارة في أواخر نفس باب الشركة، وهي معطوفة على أشياء يُمنع إحداثها، لما فيها من الضرر على الغير.
والمعنى: وقضي بسد كُوَّة فُتحت أُريد سدّ خلفها، وبمنع دخان كحمام ورائحة كدباغ وأندر قبَل بيت.. الخ.
وَالأندرُ بفتح الهمزة والدال المهملة موضعُ درس الزرع وتذْريته مُقابل باب بيت، قال الحطاب: لا مفهوم لكلمة (قبل بيت)، بل كذلك يمنعُ إحداثه بجنب بيت من أي جهة.

فأجاب : الصواب في المسألة الحكم بقول ابن حبيب، أي بالمنع منها، **ونصُّ أبي علي فيها** : الراجح والذي يُفتى به هو المنع من اتخاذ الحمام ونحوه إذا كان يضر بالناس، وهو قول مطرف، وقولُ ابن القاسم في ذلك مرجوح.. إلى أن قال : والنازلة كثيرة الوقوع كما قال ابن عرفة : الصوابُ أن يحكم فيها بقول مطرف وابن حبيب وإن كان خلاف قول ابن القاسم(هـ).

ص 104 **وسئل أيضا عن تصحيح ما أفتى به غيره من منع اتخاذ النحل المضر على ما قال ابن حبيب، وأنه المعوَّلُ عليه كما في ابن سلمون.**

فأجاب : إنه صحيح على ما اختاره ابن حبيب وصوَّبه ابن عرفة.

وقال أبو علي هو الراجح، وأفتى به سيدي عبد القادر الفاسي الخ.

وقال في الرسالة : ولا يُتَّخَذُ كلب في الدُّور بالحضَر الخ.

ابن الرامي: نزل بتونس أن رجلا اتخذ في داره دجاجا وأطلقها في الزقاق ترعى وتلتقط ما يكون في الأرض، فجعلت الدجاج تحفر مع أصل حيطان الجيران وتنبشها وتضر بأصل الجدرات، فرُفع ذلك إلى بعض القضاة فأمر بحصرها ومنع تسريحها، وعلى هذا، العملُ عندنا(هـ)، والنصوص في هذا المعنى كثيرة، وفيما ذُكِر كفاية والله أعلم؛ قاله وكتبه المهدي لطف الله به.

قلت : ومحل هذا الذي قلناه إن كانت حادثة، أما إن كانت سابقة قبل البناء فلا تُزال ولا تُغيَّر كما قاله بعض المفتين، ونصه:

الحمد لله؛ حيث ثبت تقدم اتخاذ الماشية والدجاج ونحوهما على حرث الخربة المذكورة فلا إشكال أن أربابها لا يُمنعون من اتخاذها، وعلى صاحب الزرع حفظ زرعه. **ففي أجوبة سيدي عبد القادر الفاسي بعد ذكره الخلاف في ذلك مانصه**: وهذا إذا كانت هذه الأشياء حادثة، وأما إن تقدمت فليس بضرر. والله أعلم. **ونقله الشريف الشفشاوني في نوازله وسلَّمه.**

وقال أبو علي في حاشية التحفة: الراجح -وهو الذي يُفْتى به، هو المنع من اتخاذ الحمام ونحوه إذا كان يضر بالناس، وهذا إذا اتُّخذ بعد زرع الزارع مثلا، وأما إن تقدَم اتخاذ الحَمَام مثلا فجاء رجلٌ وزرع بإزائه فإنه لا كلام له لدخوله على الضرر، والله سبحانه أعلم، إنتهى.

وسئل المحقق السجلماسي.

فأجاب : الحمد لله ؛ نقل ابن لب في بعض أجوبته أنه وقع في كتاب ابن حبيب : قلت لمطرف وابن الماجشون : الكُنُفُ التي تُتَّخذ في الطريق يحفرها الرجل بلصق جداره ثم يواريها، أيمنع من ذلك؟، قال: لا، إذا واراها وغطاها وسَوَّاها بالطريق حتى لا يضُرَّ مكانها بأحد(هـ)، **زاد ابنُ لب : والقاعدة أن المرافق التي لا ضرر فيها لا يمنع من أراد إحداثها، لأنه ينتفع، وغيره لا يستضر، وبالله التوفيق(هـ).**

قلت : قال بعض تلامذته -بعد نقله هذا الجواب- ما نصه:

ص 105

ومن جواب للأستاذ ابن لب عن شخصين لهما مدخلٌ لِلْمكين لهما - ليس محجة للناس إن أراد أحدهما أن يصنع إليه سدا لسقي موضعه مُغَطًّى بالحجر بحيث لا يضر منازعه الآن - **ما نصه** : الحكم في ذلك جواز ما أراده أحد المالكين من إحداث ساقية مغطاة بالحجارة بحيث يُؤمن ضرر الطريق جملة بإحكام بنائها وتغطيتها، **والقاعدة أن المرافق التي لا ضرر فيها** إلى آخر ما نقله شيخنا أعلاه، يليه: زاد بعده: وقد اختُلف في المرافق التي فيها يسيرُ ضرر على الجار، هل يُقضى عليه بها أو يندب من غير قضاء، على قولين، كغرز الرجل خشبة حائطه في جدار جاره، فإذا كان هذا فيما للجار فيه شيء من الضرر فكيف ما لا ضرر فيه للجار بشيء ؟(هـ).

وسئل السجلماسي أيضا.

فأجاب : الحمد لله ؛ إذا انتشرت أغصان شجرة رجل فدخلت إلى مِلك جاره فمن حق الجار المذكور أن يقطع عنه ما حصل من الأغصان في

هواء أرضه إن لم يكن هذا الجار اشترى الأرض كذلك، وإلا فلا كلام له إلا في قطع ما تزايد على الحد الذي كان يوم اشترى، ولا يجوز التراضي على استغلال هذا الجار من ثمر الشجر نصيبا.

ففي دُرَرِ المازوني: سئل بعض فقهاء فاس عمن ابتاع شجرة أو كانت في أرضه فتمتد فروعها حتى تخرج لجنان آخر، فلمن تكون الفروع فقد تضرُّ تلك الفروع بمن تخرج إليه وقد لا تضرُّ.

فأجاب: الثمار لصاحب الأصل، وعليه الكراء للذي خرجت إليه إن شاء، وإن شاء الذي خرجت إليه قطْعها فله ذلك. وقال أصحاب مالك: لا يصطلحان على أن يأخذ الذي خرجتْ إليه ثَمرَ الفروع (هـ).

وقال ابن سهل عن غير سحنون: فإن لم يُرد -يعني القائم بالضرر- تقليمها أي الأشجار وأراد اجتناء ما أظلَ منها على جداره لم يَجُز ذلك وإن أجاز ذلك له صاحبُها، لأنه مجهولٌ، وبيع الثمرة قبل بدُو صلاحها، وكراءُ الأرض بالثمر(*) (هـ)، وفيه كفاية، وبالله التوفيق (هـ).

وسئل أيضا عن رجل له دار تصَرَف فيها نحو ثمانية أعوام وهو يربط فيها دوابه ويتصرف بما شاء، ثم باع نصفها لرجل وبقي يتصرف في النصف الباقي له مدة، ثم باع نصفه أيضا وهو الربع في الدار لأخت امرأته وبقي يتصرف في الربع الباقي له بأنواع التصرفات من ربط الدواب وغير ذلك، ثم بعد عام من شرائها قامت تدعي عليه وصول المضرة إليها من أجل ربط دوابه بقرب مسكنها وإذايتها برائحة البول والروث، هل ينفعها ذلك ويُجبر البائع على إخراج دوابه من قربها أم لا لكونها رأت ذلك قبل البيع ودخلت عليه؟.

ص 106

(*) يظهر أن في هذه العبارة والجملة نقص كلمة الخبر لتتم به الفائدة، وتقديره: لا يجوز، أو غير جائز، كما هو منصوص عليه في الحديث وكتب الفقه، وكما هو مستفاد من العبارة قبلها، أو يكون المعنى والتقدير، لأنه مجهول، وأنه بيعُ الثمرة قبل بدُوّ صلاحها وكراء الأرض بالثمر، وذلك لا يجوز كما سبق، فليُتأمل وليُحقق ذلك، والله أعلم.

فأجاب : الحمد لله؛ لا يُجْبَرُ البائع على تحويل بهائمه عن ربطها القديم، وبيعُه للمرأة لا يبطل ما كان له من الانتفاع بالموضع الذي اتخذه أروى لدوابه، وغاية ما يجب للمشترية الخيارُ في التماسك والرد بالعيب بعد يمينها أن سكوتها عاما بعد الشراء لم يكن رضًى.

فقد سئل أبو عمر الاشبيلي عمن ابتاع حانوتا فيها حفرةُ مرحاض دار البائع، ولم يعلم بها، هل له منع البائع من تنقيتها؟.

فأجاب: هو بالخيار في التزام الحانوت بعيبه أو تركه.

وأجاب ابن زرب : له منع البائع، وقد أبطل البائع منفعته في الحانوت(هـ) بخ.

وكل من الشيخين استدَلَ بما يوافق فتواه؛ **قال ابن ناجي في شرح المدونة**: وقعت عندنا بالقيروان فأفتى شيخنا بما ذكره الاشبيلي، وخالفه غيره وأفتى بما ذكره ابن زرب، فتوقَّف القاضي حتى صدرت فتوى بعض شيوخنا بتونس بالأول فحكم به(هـ)؛ **فدل هذا على ترجيح فتوى أبي عمر على فتوى ابن زرب في مسألتهما.**

ووجه الدليل أنه كما لم يُبطلْ حقَّ البائع في إجراء مرحاض داره للحفرة بيعُه للحانوت وإن كان ذلك يضر بالمشتري، كذلك لا يبطل حق البائع هنا في ربط دوابه وإن كانت رطوبةُ أبوالها تسري للبقعة المبيعة بيعُها، بل عدم البطلان في النازلة أحرى لتقدم علم المرأة باتخاذ البائع للموضع الذي يربط فيه دوابه أروى قبل اشترائها وسكوتها بعده، وإذا لم يبطل حق البائع في ربط دوابه بمربطها لم يبق الكلام إلا في لزوم البيع للمرأة أو الخيار لها، وبالله التوفيق(هـ).

قلت : وفي جعله الخيار للمرأة هنا نظر، بل لا خيار لها، لأنها دخلت على ذلك ابتداء فكيف يكون لها الخيار، ولا حجة له فيما نقله عن الشيوخ، لأن موضوعه أن المشتري لم يعلم بالعيب وقت الشراء، وهنا المرأة عالمة به.

والحاصل أن هذه غفلة لما في السؤال، فتأمله، والله أعلم.

ص 107

وسئل أيضا عمن له بيتٌ مسقَّف على حائط باب رجل آخر، تداعى الباب للسقوط وظهر الفساد فيه غاية، وشهد أهل المعرفة بأن من المصلحة هدم سقف الباب في الحين لئلا يسقط بسببه جميع ما بقربه من الحيوط، ومن جملتها البيت المذكور، وأنه لا يكفي في ذلك التدعيم، وثبت جميع ذلك برسم.

فأجاب على ظهر الرسم : الحمد لله ؛ حيث ثبت ما سُطِّر بالمحوَّل من تعيين المصلحة في هدم سقف الباب ومن الخوف على بيت الجار إن ترك، وجب على رب الباب المبادرة إلى هدم سقفه إن كان حاضرا، وإن كان غائبا أمر القاضي بهدمه، فإن لم يفعل القاضي وهدمه الجار الذي خاف على بيته فلا شيء عليه، لأنه فعل ما يجب أن يفعله الحاكم.

قال في مختصر المتيطية : قال ابن القاسم في العتبية في الجدار يكون بين دار الرجل وبين دار جاره وهو لأحدهما، ـ فمال ميلا شديدا حتى خيف منه، فشكا بذلك جارُهُ ـ: إن السلطان يأمر صاحبه بهدمه(هـ).

وفي الحطاب عن ابن عبد الحكم في الحائط المخوف : إذا لم يحضر أصحابه أمر القاضي بهدمه وأنفق على ذلك من نقْضه إن لم يجد لهم مالا(هـ) بخ.

وفي المفيد ما نصه : وكل من فعل فعلا قد كان وجب على السلطان أن يفعله بعينه فلم يفعله فلا ضمان على ذلك الفاعل الذي فعله(هـ).

وذكر ابن ناجي في شرح المدونة، معللا لمعنى ما ذكر، **ما نصه**: لأن القاعدة أن كل من فعل فعلا ـ بحيث لو رُفِع إلى القاضي لم يفعل إلا هو ـ فإنه يتنزل منزلته(هـ).

فظهر من هذا أنه لا تباعة لصاحب الباب على رب البيت في هدم السقف بعد ثبوت ما بمحوّله ولو لم يثبت إذن من القاضي، وإن ثبت إذنه فذلك أحرى، وبالله التوفيق.

وأجاب أيضا عن مسألة بأن المشتري زريبة كانت مسكونة، وبابها شارعٌ إلى جهة، ثم بناها دارا، له أن يجعل بابها في موضع باب الزريبة، وليس لأحد منعه وإن كان ذلك في سكة غير نافذة، ولا إشكال في هذا، وإذا حول الباب من موضعه إلى موضع آخر لا ضرر فيه على أحدٍ من أهل السكة جاز له أيضا، وليس لأحد أن يمنعه.

قال في الوثائق المجموعة: ومن أراد غلق بابه في سكة غير نافذة، وتحويله منها في موضع آخر فإن ذلك له إذا سَدَّ الأول ولم يكن في الحادث ضرر على جاره لقربه من باب داره في مرتبط دابته وإنزال أحماله، فإن أضر به مُنع(هـ).

ونقل ابن فرحون عن المتيطي ما نصه: وإن كان الزقاق غير نافذ، ولرجل فيه باب داره، فسدَّه وأراد أن يفتح غيره، فإن كان على بعد من دار جاره فله ذلك، وإن كان على قرب وأثبت صاحبه الضرر منع(هـ).

ص 108 **وأيضا من الدليل على أن صاحب النازلة لا يمنع من بابه** أن أحد جاريه المخاصمين له وهو الأقرب منه بابا لم يشتر داره التي هو بها حتى كان باب الزريبة مفتوحا للقبلة، فلو قدَّرنا أن المنع كان من حق بائعه لم يكن له هو كلام، وإنما كان الكلام فيه للبائع، فحيث لم يفعل وباع فهو رضي به الخ، وبالله التوفيق.

وسئل أيضا عمن له دار تُجاورها أرض، فأراد رب الأرض أن يُحدث فيها دار الدباغ، هل له ذلك أم لا؟.

فأجاب : الحمد لله ؛ لرب الدار منعه من إحداث دار الدبغ بجواره، قال في المختصر - عطفا على ما يُقضى به -: «وبمنع دُخان كحمَّام ورائحة

كدباغ »[4]، فكتب عليه المواق : أما الدَّبَّاغ يؤذي جيرانه برائحة دباغه ونتنه فهذا يمنع من ذلك كالفرن والحمَّام(هـ) .

وفي الطرر عن المشاور: **أن الصوت لا يخرق الأسماع ولا يضر بالأجسام**، فإن أضر الضرب بالجدرات مُنِع، وذلك بخلاف أن يحدث في داره أو حانوته دباغا، أو يفتح بقرب جاره مرحاضا ولا يغطيه، أو ما تؤذيه رائحته، لأن الرائحة المنتنة تخرق الخياشم وتصل إلى الأمعاء وتؤذي الإنسان، وهو معنى قوله عليه السلام: « من أكل مِن هذه الشجرة فلا يقرب مسجدنا يؤذنا برائحة الثوم »، فكل رائحة تؤذي يمنع منها، لهذا قال: وبه العمل(هـ) .

فظهر بهذا أن الدباغ من الضرر الذي يمنع من إحداثه على الجار، والله أعلم(هـ) .

وسئل الشيخ المحقق أبو عبد الله المسناوي عن عرصة مشتركة بين أناس بينهم قرابة، ولبعضهم فيها الثمُن الواحد والباقي لغيره. ثم إن صاحب الثُمن اشترى دويرة بإزائها وفتح منها للعرصة خوخة على وجه الخير والمعروف والقرابة بقصد الاتساع بها، فلما طال ذلك نحو عشر سنين لحق الشركاء الضرر وأثبتوه، وطلبوا منه غلق الخوخة فامتنع، محتجا بالحوز المدة المذكورة على أعينهم، فهل له ذلك أم يجب عليه سدها لعدم الاكتفاء في الحوز بين القرابة بمثل المدة المذكورة؟، **جوابا شافيا**.

فأجاب : إعلم أنه قد اختُلف فيمن أُحدث عليه وجه من وجوه الضرر من غير إذن منه، فسكت عن ذلك بعد علمه به ولم ينكره المدة

(4) سبقت الإشارة إلى هذه العبارة من باب الشركة في الهامش (3) قبل هذا، أي فيُمنع إحداث كل شيء فيه ضرر كدخان حمام وفرن ومطبخ ومجيرة ومجْبسة، ويقضى كذلك بمنع كل ذي رائحة كريهة كدباغ ومذبح ومسمط ومرحاض، فيمنع إحداث ذلك قبل السكن والبيوت التي تتضرر من وجود تلك الأشياء أمامها أو بجانبها الخ.

المذكورة ونحوها من غير عذر يمنعه من القيام به، فقيل: لا قيام له به بعد هذه المدة، إلا أن يكون صغيرا أو مُوَلًّى عليه فلا يضُرُّه السكوت حتى تمضي عليه المدة المذكورة بعد الرشد، وهذا قول ابن القاسم.

قال المتيطي: وبه القضاء، وإليه أشار في التحفة بقوله:

وعَشْرَةُ الأعوام لامرئ حضر * تَمنعُ إن قام بمُحْدَث الضرر. ص 109

وذا به الحكم... الخ.(*)

وهو مبني على أن الضرر يحاز بما تحاز به الأملاك؛ وعليه فلا يُفَرَّقُ في ذلك بين الأقارب والأجانب كما فُرِّق بينهما في استحقاق الأملاك بالحيازة. **قاله ابن زرب**، وقيل: له القيام به وإن مضت عليه هذه المدة أو أكثر منها، بناء على أن الضرر لا يُسْتَحقُ بالقدم، **وإنما حيازة التقادم التي جاء بها الأثر**: «**من حاز شيئا على خصمه عشر سنين فهو أحق به**» **في الأموال**، ولا تكون الحيازةُ في أفعال الضرر حيازة تقوى بها الحجة، بل لا يزيده طولُ التقادم إلا ظلما وعدوانا، وهو قول ابن حبيب، وبه صدرت الفتوى -كما في نوازل المعيار- من الشيخين: أبي بكر ابن عبد الرحمان واللبيدي؛ وعلى الحاكم في النازلة النظر فيها بعين السداد وتغليب أخفِ الضررين بحسب الاجتهاد، والسلام(هـ).

قلت: وفي كلامه رحمه الله إشارة إلى ترجيح عدم الحوز في الضرر ولو زادت مدته على الأمد المعتبَر، ويعني بذلك الضرر الذي يتزايد بطول الأيام، وبذلك أفتى غير واحد من الأئمة الأعلام.

(*) وذلك في أول الفصل المتعلق بمُسقط القيام بالضَّرر، وتمام البيت الثاني:
وذا به الحكمُ، وبالقيام .·. قد قيل بالزائد في الأيام
وذلك ما سياتي ذكره في الصفحة الموالية.

فقد سئل المحقق السجلماسي عن ذلك.

فأجاب: الحمد لله؛ الضرر الذي يتزايد مثل الضرر المشهود به أعلاه لا يحاز بطول المدة وتوالي السنين. قال صاحب الدر النثير - بعد أن ذكر الخلاف في حيازة الضرر المحدث-: إن ما كان ضررا على حد واحد هو الذي يُحاز بالسكوت عنه، وأما ما كان يتزايد أبدا كالمطمر إلى جانب الحائط وشبه ذلك فلا حيازة فيه؛ قال: وعزاه الباجي وغيره لابن مزين(هـ).

وفي المفيد عن ابن مزين: ما يُحْدَث من الكُنُفِ والمطامير والحُفَر التي يُستنقع فيها الماء لا يُستحق ذلك بما تحاز به الأملاك من المدة، لأن ذلك كلما طال زمانه كثُر تزايد ضرره(هـ).

وفي اختصار حلولو لنوازل البرزلي ما نصه: إختلفوا في المدة التي يحاز بها الضرر على أقوال، ذكرها ابن رشد في الشرح، والصواب منها أن ما كان ضرره لا يؤمن من تزايده فالحيازة فيه غير عاملة، وإن كان يؤمن فتحاز به الأملاك(هـ).

ص 110 **وقال الجزيري في وثائقه - بعد أن حكى القولين، وبالأول العملُ - ما نصه**: وهذا في الضرر الذي يبقى على حالة واحدة، فإن كان مما يتزايد ضرره فله القيام عند تزايده(هـ).

فقيَّد القولين بما عزاه الباجي وغيره لابن مزين كما في الدُّرِّ النثير، وبه أفتى العلامة أبو زيد سيدي عبد الرحمان الحائك وقال: هذا القول وجهُهُ ظاهر(هـ). وبه صدَّر ابن سلمون أيضا، أُنظره، والله أعلم.

نعم، جواب الشيخ المسناوي رحمه الله عن ذلك السؤال - بأنه اختُلف فيمن أُحدث عليه وجه من وجوه الضرر الخ - **غيرُ ظاهر**، لأن السؤال فيه أن الشريك فتح الخوخة على وجه الخير والمعروف والقرابة الخ، وعليه فلا تحاز الخوخة وإن طالت مدتها أزيد من أمد الحيازة، لما هو مقرَّر

معروف أن الحيازة إنما يُعمل بها إذا جُهل المدخل، أما إن عُلم كما هنا فلا، وقد استثنى ذلك في المختصر بقوله: «إلا بإسكان ونحوه»[5]، وكذا قال في التحفة أيضا:

إلا إذا أثبت حوزا بالكرا * أو ما يضاهيه فلن يُعتبرا

وسئل أبو العباس الهلالي عمن هو معلوم بالشر وإيقاع الفتنة بين الناس، وتكرر ذلك منه وأبى أن يرجع عن حالته، وأراد جيرانه إخراجه عنهم لتكرر إذايته وضرره، فهل لهم ذلك ويعطونه قيمة أصله أم لا؟.

فأجاب: إن من ثبت عليه ضرره بجيرانه في دينهم أو أبدانهم أو أعراضهم أو أموالهم فإنه يُزجر ويؤدب، فإن لم ينته بذلك بيع عليه عقاره، وهذا كله منصوص عليه لأئمتنا رضي الله عنهم، ونقله غير واحد من شراح المختصر. وأصله الحديث الكريم: «لا ضرر ولا ضرار»، وهي إحدى المسائل الكليات التي

---

(5) هذه الكلمة جاءت في آخر الباب المتعلق بأحكام الشهادة والشهود، وهي استثناء من كلام سالف يتعلق بموضوع الحيازة وأثرها في التملك، وهو قول المختصر: «وإن حاز أجنبي غير شريك، وتصرَّف، ثم ادعى حاضرٌ ساكت بلا مانع عشر سنين، لم تُسمع ولا بينتُه إلا بإسكان ونحوه كشريك أجنبي حاز فيها... الخ.

والمعنى: وإن حاز شخص أجنبيٌّ من المحوز عليه غيرُ شريك له في الشيء المحوز، وتصرف الأجنبي في الشيء المحوز تصرف المالك في ملكه، ثم ادعى حاضرٌ بالبلد مع الحائز، ساكتٌ عن منازعته بلا مانع له من الإنكار على الحائز ومنازعته، واستمر الحائز في حوزه للشيء المحوز عشر سنين، فإنه لا تُسمع دعوى الحاضر الساكت، ولا يُعمل ببينته وبمقتضى شهادتها، إلا بينته الشاهدة له بإسكان من المدعي للحائز بأجرة أو بلا أجرة، ونحْوه كإعمار ومساقاة ومزارعة، فإنها تُسمع حينئذ.

وشبَّه في عدم سماع الدعوى والبينة فقال: كشريك للمدعي أجنبي منه حاز العقار عن شريكه في العشر سنين فلا تسمع دعوى المدعي بعدها ولا تسمع بينته كذلك، إن هدم الحائز العقار الذي لم يُخش سقوطه وبنى العقار، فإن هدم ما يُخشى سقوطه أو كان يسيرا فلا يعتبر في الحيازة، وفي تحديد مدة حيازة الشريك للقائم القريب له مع الهدم والبناء قولان لابن القاسم رحمه الله، مرة قال: العشرُ سنين حيازة، ومرة قال: ليست حيازة إلا أن يطول الزمان مثل أربعين، وهو الذي رجع إليه، وجرى به العمل، سواء كانوا إخوة أم لا؟.

وانظر هذا الموضوع كذلك في فصل الحوز من منظومة التحفة، ابتداء من قوله:

والأجنبي إن يحز أصلا بحق .·. عشر سنين فالتملكَ استحَقْ.

بُنِيَ الفقه عليها، أعني كون الضرر يحكم بإزالته، ولم يسع الوقت لجلب نصوصهم، فلتطالع في باب الاجارة من شروح المختصر.

والله تعالى أعلم(هـ).

قلت : وهذا كلام مجمل، إذ لا يباع عليه عقاره، بل يُكْرُ عليه فقط.

قال القاضي الجاصي في جواب له: فإذا تضرر الجيران بالفَسَقَة وشَرَبَة الخمر فلهم أن يرفعوا الأمر لحاكم الشريعة يزجرهم بما يكون فيه كفُهم وردعهم، أو تُكرى عليهم دُورهم، ولا يُرفعون لحكام الجور الذين يصادرونهم على الأموال، فإن ذلك من دفع المنكر بالمنكر، **ومن شرط تغيير المنكر أن لا يؤدي إلى مثله أو أعظم منه،** وبالرفع إلى القاضي. قال المتيطي : **ونقل ابن عرفة عن المدارك جواز الرفع لحُكَّام الفحص في الدعوى، لأنهم أشد في الزجر من القضاة،** لاكن هذا بشرط أن يعلم أنه يصل إلى حقه بسطوة الحاكم ولا يظلم خصمه(هـ)، وهذا في دفع المظلمة إلاّ حِقة للرافع ظُلامتَه، وأما الرافع احتسابا فحسبُهُ القضاة(هـ).

ص 111

وقال في الدرر النثير نقلا عن المدونة ما نصُّهُ: وإذا ظهر من مكتري الدار دعارةٌ وفسقٌ وشرب خمر لم ينتقص الكراء، ويمنعه الإمام من ذلك، ويكف أذاه عن الجيران وعن رب الدار، وإن رأى إخراجه أخرجه وأكراه عليه.

وفي آخر كتاب السلطان من العتبية : قال أبو زيد : قال ابن القاسم : سئل مالك عن فاسق يأوي إليه أهل الفساد والخمر، ما يُصنع به؟، قال : يُخرج من منزله ويُخارج أي يكرَى عليه، فقلت : أتباع؟ قال : لا، لعله يتوب فيرجع إلى منزله؛ ابن القاسم : يتقدم إليه مرة أو مرتين أو ثلاثا، فإن لم ينته أُخرج وأُكري عليه(هـ).

وقال في المعيار: سئل (أي السيوري) عن يهودي اشترى دارا من مسلم في درب ليس فيه إلا مسلمون من أهل العافية والخير، فسكنها وآذى

الجيران بالخمر وفعل مالا يجوز، وللدرب بئر بإزاء هذه الدار، فصار يملأ معهم بدلوه وحبله وقُلَّته، فامتنع أهل الدرب من الامتلاء منها، فهل يجوز إبقاؤه أم تباع عليه؟. وإذا بقي، هل يملأ معهم أم لا؟.

فأجاب: يُمنع من أذاهم بما وُصف من فعل الخمر وفعل ما لا يجوز، فإن انتهى، وإلا أُكريت عليه، وأما الاستسقاء من البئر فخفيف(هـ).

وسئل ابن هلال عن دار بين رجلين، لأحدهما دار تُلاصقها، فأراد أن يفتح في المتركة بابا لداره الخ.

فأجاب: الحمد لله؛ ليس للشريك أخذ الطائفة التي تلي ملكه الخاص به وحده بالقيمة ليجمعها معه إلا برضى شركائه وإلا اقترعوا، فإن طارت له، وإلا فما طار له بالسهم، ولا إشكال في ذلك ولا مِراءَ فيه، لأنه ليس بأحق بها من غيره من الشركاء. **وتذكَّر قوله في المدونة**: وإذا كانت دار بين رجلين لأحدهما دار تُلاصقُها فأراد أن يفتح في المشتركة بابا ليدخل منه إلى داره فلشريكه منعه لشركته معه في موضع الفتح(هـ).

وسئل العلامة المحقق سيدي محمد بن عبد القادر الفاسي عن بلد بنى الناس رباطات خارجًا عن سورها(*)، ثم إن أهل المدينة المذكورة غرزوا خشب دورهم بالسور المذكور، وبعضهم بنى عليه وحفر فيه، وكذلك من خارجه غُرز فيه خشب حوانيت مما يلي الرباطات، بعضها حُبُسٌ على حراسة الثغر، وبعضها على المسجد والمساكين، وبعضُها ملك، فهل سيدي، من بنى على السور أو حفر فيه يمنع ويُهدم ما صنعه، وكذلك من غرز فيه خشبة؟، وهل يلزمهم كراء فيما انتفعوا به أم لا؟، **جوابا شافيا، والسلام.**

ص 112

(*) السور: جدار يفصل بين مكانيْن، وحائط يحيط بالمدينة، ويفصل بين داخلها وخارجها مثلا، وقد وردت الكلمة في شأن الفصل بين المومنين في الجنة ونعيمها، والمنافقين والكافرين في جهنم وشقائها يوم القيامة، فقال تعالى: ﴿ **يوم يقول المنافقون والمنافقات للذين آمنوا أُنظرونا نقتبس من نوركم، قيل ارجعوا وراءكم فالتمسوا نورا، فضرب بينهم بسور له باب، باطنه فيه الرحمة وظاهره من قِبَله العذاب** ﴾. س. الحديد، 13.

فأجاب : **الحمد لله**، والله الموفق ؛ إن قُصارى أمر السُور في ذلك أن يكون حكمه كحكم المسجد، **وقد قال في التوضيح** : وهل لجار المسجد ؟، أن يغرز خشبه في جدار المسجد للشيوخ قولان(هـ) . **ونقل صاحبُ المعيار وكذا ابن عرفة فتوى ابن عتّاب بجواز التعليق** من المسجد إن اتصلت بالدور ولم يضُرَّها، وجواز غرز خشبه بحائطها . ونقله عن الشيوخ، وفتوى ابن القطان بمنع الغرز، وابن مالك بمنعه ومنْع التعليق، وصوَّب ابن عرفة ما قاله ابن القطان وابن مالك لموافقته لحمل الحديث على الندْب، لاكن قال الشيخ الونشريسي بعد نقله جميع ذلك : وقال أبو محمد عبد الله العبدوسي في بعض فتاويه : بقول ابن عتَّاب، القضاءُ(هـ) .

إذا تقرر ذلك وكان ما فعله هؤلاء القوم جاريا على قول من أقوال الأئمة، لاسيما مع نص العبدوسي على أنه الذي به القضاء، فلا وجه للتعرض والنقض .

وقد قال الشيخ أبو إسحاق الشاطبي : **والأولى عندي في كل نازلة يكون فيها لعلماء المذهب قولان فيعمل الناس على موافقة أحدهما وإن كان مرجوحا في النظر أن لا يتعرض لهم، وأن يَجْرُوا على أنهم قلدوه في الزمان الأول وجرى به العمل، فإنهم إن حُمِلوا على غير ذلك كان في ذلك تشويش للعامة وفتحٌ لأبواب الخصام**؛ **على أنه يقال** : إن السُور على الهيئة المذكورة من صيرورته في وسط البناءات كالمنسوخ حكمُهُ ومنفعته، لخروج العمارة عنه ووقوع الزيادة في المدينة لضيقها واحتياج الناس إلى ذلك . **وأما ما انتفعوا به من ذلك فلا كراء عليهم فيه. نظيرُهُ ما أفتى به ابن رشد** فيمن أدخل طريقا من طرف المسلمين في جنة وحازها وغرسها وقطع المرور فيها واغتلها مدة؛ **قال بعد كلام** : ولا يجب عليه فيما اغتلَّه مما اغترسه فيها شيء يُحكم لها عليه، إذ ليس الطريق لمعيَّنٍ فيُحكم له بحقه فيما اغتله منه على ما في علمك من

الاختلاف في ذلك، وإنما هو لجماعة المسلمين في المرورعليها وهو أحدهم. وقد قيل في الحُبُس الموضوع للغلة إذا انفرد باستغلاله بعضُ المحبَّس عليهم عن سائرهم: إنه إنما يُقْضَى لهم بحقوقهم فيما يُستقبل لا فيما مضى، فكيف بالطريق التي ليست موضوعة للغلة؟ إنتهى. والله تعالى أعلم بالصواب(هـ). **وانظر جواب المجاصي عن هذه النازلة، الآتي في إحياء الموات** إن شاء الله.

ص 113 **قلت : قد أشار صاحب المغارسة إلى حكم البناء والغرس بإزاء سور البلد حيث** يمكن العَدُوَّ التَّواري(*) بهما، أو البناءُ والغرس حيث يَضُرَّان بالطريق فقال في الأول متنا وشرحا مشبِّها في المنع ما نصه: «وكغرس وبناء بإزاء سور حيث يخاف العدو بهما»، يعني أنه لا يجوز لأحد أن يغرس أو يبني بإزاء سور بلد من بلاد المسلمين حيث يمْكنُ العدوَّ التَّواري بذلك الغرس أو بذلك البناء، وهذا ظاهر لا يخفى، وإنما نبهنا عليه لكثرة وقوعه في بلاد المسلمين الآن.

وقد سئل بعضهم ؛ هل للإمام جبر أهلهما على القلع والهدم؟.

فأجاب : إذا كان العدو متوقَّعا فله هدمها وإتلافها ويعطيهم ثمنها، وإذا كان نازلا أتلف بلا ثمن، إلا أن يكون غرسها وبناها قبل إنشاء السُور

(*) التواري : مصدر الفعل توارى يتوارى إذا اختفى عن العين والنظر، وقد وردت الكلمة بصيغة الماضي في الآية الكريمة من قول الله تعالى في شأن سليمان عليه السلام : ﴿ **إذ عُرض عليه بالعشي الصافناتُ الجيادُ فقال : إني أحببت حُب الخير عن ذكر ربي حتى توارت بالحجاب** ﴾ أي بقي يستعرض الخيل الجياد حتى غابت الشمس في الأفق، فكان ذلك مشغلة له عن ذكر الله وعن الصلاة في وقتها. إلخ. س. ص، 31ـ32.
كما وردت الكلمة بصيغة المضارع في شأن ما كان عليه أهل الجاهلية قبل الإسلام من كراهية ولادة البنات، وذلك في قول الله تعالى : ﴿ **وإذا بُشّر أحدهم بالأنثى ظل وجهه مسودّا وهو كظيم يتوارى من القوم من سوء ما بُشّر به، أيمسكه على هون أم يدسُّه في التراب، ألا ساء ما يحكمون** ﴾ س. النحل، 58ـ59.

فلابد من الثمن على كل حال(هـ) . ولعله في القسم الأول إن لم يكن لهم مما طرأ شعور عند فعلهم، وأما إن كانوا عارفين متوقعين للعَدُوِّ، أو تقدم إليهم فلا ثمن، لتعدّيهم، والله أعلم(هـ) .

وقال في الثاني ما نصه : أو حيث يضر بالطريق، يعني أنه لا يجوز لأحد أن يبني أو يغرس بالطريق حيث يضر بها، وكذلك إذا جُعِل الزرب على الجنان بحيث يُضَيق الطريق على المسلمين؛ وكيف لا، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم: « مَنْ غصب شبرا من أرض المسلمين أو طرقاتهم طوَّقه الله يوم القيامة إلى سبع أرضين » ذكَرَهُ الدارقطني بهذا اللفظ، ونقله ابن عرفة وغيره.

فروع: الأول: من أخرج بنيانه وما كان في معناه حتى أخذَ من طريق المسلمين، وقال أهل المعرفة: إنه يضر بالناس في ممرهم وأحمالهم، هُدِم، قلَّ أو كَثُر، باتفاق، وإن قالوا: لا يضر بأحد، والسكة نافذة، ففي هذه الصورة خلاف. والأصل المنع، للحديث المتقدم.

الثاني: من كان في أرضه طريقٌ للناس وأراد تحويله لمكان آخر أبعد من الأول لم يجز باتفاق، وإن كان أقرب منها ولا يضرُّ ذلك بالناس فقال ابن نافع: إن نقلها ذراعا ونحْوه لم يُمنع، وإلا فلا. وقال ابن القاسم بالمنع مطلقا، وقال مطرف: يُرفع أمرها للإمام.

الثالث: قال مطرف: وإذا كان النهرُ لجانب طريق ثم عظُم حتى حفرها ومنع سلوك العامة فيها فإن أهل الأرض التي حوْلها يُجْبَرون على بيع ما يوسِّع ذلك الطريق.

ص114 **قال في النوادر** : رُوِيَ عن مالك في الطريق لأقوام وسُدَّتْ فلا يُجْبَرُ مَنْ حولها على بيع أرضهم لتوسعتها، وكذلك إذا كانوا يذهبون فيها للمساجد، إلا مسجد الجمعة(هـ) . وليس ما قاله مطرف مخالفا لما قاله

مالك، والله أعلم(هـ)، وإنما كان قولُ مطرف غير مخالف، لأنه في طريق العامة، وقول مالك في طريق لأقوام معيَّنين.

الرابع: قال في المعيار: وسئل أيضا عن قوم فَسَدَ عليهم مجرى مائهم ولم يقدروا على إجرائه، وأرادوا جري الماء في أرض جار لهم بثمن أو بغيره، فهل لهم ذلك؟.

فأجاب: ليس لهم ذلك إلا بإذن صاحب الموضع، وإن لم يأذن فيه لم يُجْبَرْ عليه(هـ).

وسئل الإمام الحفار عن نخلة عند السور قائمة، لاكن يُخاف عند نزول العدو بالبلد أن يقطعوها فتهُدَّ السُّور أو بعضه، فهل تُقطَع إذا خيف ذلك عند حلول العدو بالبلد؟، وكيف إذا كانت داخلةَ السور مائلةً يُخاف عليها الوقوع على السور فتهدمه، هل تقطع أم لا؟.

فأجاب: متى غلب على ظنه السلامةُ بقيت، وإن غلب على ظنه الخوف قُطعت، ولو استوى الاحتمالات بقيت على حالها(هـ).

وسئل بعض المفتين عن مسجد في بلد تحت قصر، وزعم أهل البلد أن المحاربين يتعلقون بالقصْر من أعلى المسجد، فهل يهدِمون ما يلي القصر إذا خافوا على أنفسهم منه؟.

فأجاب: بهدم الجانب، فإذا أمِنُوا أعادوه(هـ).

وسئل البرقي عمن بنى بنيانا وأحدث فيه كُوى يشرف منها على ما في داره وعلى البحر والبر وسور البلد، فقام بعضُ من له دارٌ في الجهة الأخرى من الشارع وقال له إن هذه الكوى تَكْشفُ على سطحي، فقال له الباني: قد كان حائطا طويلا فقصَّرتُه لقصر منفَعتي، ولم أفعل ذلك إلا تخفيفا لبنائي لا لقصد ضرر، فهل للقائم في ذلك أم لا؟.

فأجاب: إذا لم يطلع مما أحدث إلاَّ على السطوح خاصة فلا مقال للقائم، وليس عليه أن يسدها.

وأجاب ابن الضابط : إنه لا يمنع إلا ما يُتوقع منه الكشفُ على محل السكنى والمبيت والمقام، وأما ظهر البيوت فلا يمنع، وهو قول ابن القاسم وأصحاب مالك.

وسئل القاضي ابن عبد الرفيع عمَّن بنى غرفة، وأحدث فيها كوة يرى منها سطوح جيرانه، وبعض الجيران يتصرف في سطوحه بالنشر وغيره، هل يمنع هذا من فتح الكوى بسبب تصرف الجيران في سطوحهم؟.

ص 115 **فأجاب : لا يمنع أحد من ذلك، قيل له**: فإن بنى صاحب السطح عُلُوا والطاقةُ تكشف مَنْ في العلو، أترى أن يَسُد الكُوى على صاحب العلو الأول أم لا؟، فقال لا يسدها عليه أحد، لأنه سبق بها وحاز منفعتها.

وسئل عنها أبو عبد الله ابن الغماز فأجاب بمثله.

وسئل ابن الغماز عما يُحدثُهُ الناس في كرومهم من الأبراج ويتخذون فيها الكوى للفرجة التي في مواضعهم، ويتكشفون منها على مواضع غيرهم من الكروم والجنات، هل يُمنع من اتخاذ ذلك أم لا؟.

فأجاب : إن كان جَنانٌ فيه بناء للسكنى فحكمه عندي كحكم الدور، ويُسَدُّ كل ما اتُّخذ عليها من الكوى، أو يمنع صاحبها من ذلك، والكروم التي لا بناء فيها وليس فيها غيرُ الثمار فلا يمنع من اتخاذ الكوى في الأبراج التي تطل عليها. **قيل له**: فإن كان للرجل كرم وفيه برجٌ وبدائر البرج حرم بالبناء، فبنى جاره برجا في كرمه وفتَحَ فيه كوى يكشف منها على من يكون في الحَرَم الذي بدائر البرج الذي لجاره، **هل يمنع من ذلك أم لا؟**، قال: نعم، يمنع من ذلك، لأنه ستر على نفسه ببناء، فيُمْنَعُ آخرُ أن يكشف عليه كالدور.

وسئل ابن عبد الرفيع عن رجل أراد أن يفتح في برجه كُوى يكشف منها على كرم جاره، هل يمنع من ذلك أم لا؟.

فأجاب : لا يمنع من ذلك أحد، إلا إذا كان موضع السكنى مثل رباط أو غيره، وإذا كان يكشف منها على الكروم التي لا بناء بها فلا يمنع.

وقال الفقيه أبو علي بن السيد : تُسَدُّ كلُّ كوة أُحدثت على كروم أو جنان، ويمنع من اتخاذ الكوى فيها، ولا فرق بين الكرم والجنان، لأن الكرم التي ليس فيها بناء يحتاج صاحبها إلى أن يمسي فيها هو وعياله، ويرقُد تحت شجرة أو يأكل أو يقضي حوائجه، أو يضع ما أراد في موضعه، وهو لا يدري من ينظر إليه، أو يريد أن يتحرى ممن يكون في الطاقة التي في البرج، وذلك أمر عظيم وضرر بَيِّنٌ، **قال** : وبهذا كان القاضي ابن زيتون رحمه الله يُفتي.

ابن عرفة : ظاهر كلام ابن رشد قَصْرُهُ على الدور دون البساتين.

ونزلت بتونس أول هذا القرن على ما أخبرني به بعضُ شيوخنا أنه أحْدَثَ بعضُ من كان له معرفة بأهل الأمر من التجار في برج جنانه طاقة يطلع على سطْح حافته لجنان قاضي الأنكحة حينئذ، وتحاكما إلى قاضي وقتهما، الفقيه أبي إسحاق بن عبد الرفيع، فأبصرتُ من أثر حكمه ساتر بناء لجانب الطاق المذكورة يمنعُ من الاطلاع على السطح المذكور، فما أدري هل كان بالحكم بينهما أو بتراضيهما؟، وفي الحكم به اختلاف، وأشار لي بعض من لقيت بأن المسألة في نوازل ابن الحاج، والكرم القريبةُ كالجنات، لاسيما عندنا لكثرة تكرار أهلها بعيالهم إليها(هـ).

ص 116 **قلت : وما قاله ابن السيد هو الصواب، وبه يبطل ما قاله ابن عبد الرفيع وغيره من جواز الاطلاع والتكشف على السطوح، والذي عندنا بفاس من غير توقف أحد فيه أصلا أن التكشف على السطوح ضرر، وأن المتكشف عليه يمنع منه إن كان حادثا، ولذا قال الشيخ التسولي في بهجته ما نصه:**

تنبيهات : الأول: من أحدث كوة يطلع منها على ما يطلع عليه غيره فإنه يمنع من ذلك، ولا حجة له في اطلاع غيره، لأن هذا زيادة ضرر، وسواء كان الزُّقاق نافذا أو غير نافذ.

الثاني: من أحدث كُوَّةً تُقابل أخرى فطلب بسد المحدثة، فقال له الآخر: سُدَّ أنتَ القديمةَ فإني إنما سكَتُّ عنها نحو خمس سنين أو أربع على حسن الجوار، ففي كتاب ابن سحنون: يحلفُ صاحب الكوة القديمة(6) أنه ما ترك القديمة إلى هذه المدة إلا على حسن الجوار غير تارك لحقه، ثم تُسَدَّان معا، **قاله ابن الرامي**(*). قال: ونزلت نازلة في رجل فتح كوة في داره لا يتكشف منها على جاره، غير أنه يسمع كلامه، فرأى بعضهم أنه ضرر، ولم يعتبره آخرون، وحكم بقوله من لم يعتبره. **قال**: ونزلت أيضا نازلةٌ وهي أن رجلا كان له مطلع إلى سطح داره بسترة، فسقطت السترة وصار كل من يَطْلُعُ إلى السطح ينظر منه إلى ما في دار الجار، فطلب منه إعادة السترة، فحُكم بعدم إعادتها، ولاكن يُنذِرُهم إذا صعد إلى سطحه.

قال: وسألت ابن عبد الرفيع عمَّن أحدث كوة يرى منها سطوح جيرانه، وبعض الجيران يتصرف في سطحه بالنشر ونحوه، فقال: لا يمنع(هـ).

قلت (أي التسولي): تأمل قوله (لا يمنع) فإنه مخالف لما قالوه من أن البستان الذي يتردد ربه إليه بالأهل ولو في بعض الأوقات على المعمول به،

---

(6) كذا هنا في الأصل: القديمة، والذي في شرح التسولي: يحلف صاحبُ الكوة المحدثة أنه ما ترك القديمة إلى هذه المدة إلا على حسن الجوار، فليُنظر وليصحَّح. أنظر شرح التسولي على التحفة: ج. 2، ص. 479. ط، دار المعرفة، الدار البيضاء.

(*) لابن الرامي كتاب فقهي هام مشهور، يحمل عنوان: «الإعلان بأحكام البنيان».
وقد كنت اطلعت عليه مخطوطا في مطبعته الحجرية، وأخذ من اهتمامي أثناء التحاقي بالعمل في قسم الوثائق والمخطوطات من الخزانة العامة بالرباط، بعد تخرجي من دار الحديث الحسنية وتعييني فيها سنة 1970، حيث أتيح لي فرصة الاطلاع على كثير من المخطوطات خلال المدة القصيرة التي قضيتها في ذلك القسم قبل التحاقي بالعمل بمديرية الشؤون الإسلامية، وكان ذلك في الفترة ما بين 1971 ـ 1973 م.
وأذكر أن هذا الكتاب كان صدر منذ سنوات في عدد من أعداد مجلة القضاء والقانون، التي تصدر عن وزارة العدل بالمملكة المغربية، كما صدر مستقلا في طبعة أخرى، وهو كتاب صغير الحجم ولكنه في موضوعه في قضايا البنيان من الأهمية بمكان.

كان به بناء أم لا، كما قاله ابن زيتون، فإنه يمنع من إحداث التكشف عليه، والسطوح أكثر ترددا وأقوى، فما قاله من عدم المنع مقابل، والله أعلم.

الثالث: من بنى عرصة وفتح فيها أبوابا أو كوة يطلع منها على قاعة غيره، فأراد صاحبُ القاعة منعه وقال: هذا يضُرُّ بي إذا بنيت أنا قاعتي دارا، فقال ابن القاسم -وهو الأصح كما في الشامل- إنما يمنعُهُ إذا بنى فيُقْضَى عليه حينئذ بسَدِّها، ولا يمنعه قبل البناء.

وقال **مطرف**: يمنعه مطلقا، وقال **ابن الماجشون**: لا يمنعه مطلقا. إنتهى كلام التسولي.

ص 117 **قلت: قال المكناسي آخر مجالسه في تعداد مسائل ما نصُّهُ:**

ومنها خدمة سواقي الماء الطَّاهر، المُعَدَّة للسقي، فقال ابن رشد فيها: يكون حفرها وتنقيتها على ما ذهب إليه أصبغ على قدر الحقوق لا على قدر الجماجم. قال: وهو الأظهرُ مما قيل في ذلك.

قال: وأما إذا اختنقت الساقيةُ بعد أن تجاوز حصّة أحدهم وهو الأعلى منهم فلا يلزم الأعلى أن يعمل مع الأسفل، إذ لا منفعة له في العمل، ولا ضرر عليه في تركه، لتأتِّي السقي له في الحالتين جميعا.

قلت: أنظر هذا الذي قال ابن رشد رحمه الله، إنما يمكن إذا كان نصيب كل واحد إذا سقى به وأتم به منفعته لا يصرفه للساقية، وأما إذا كان إن تم به عمله صرفَهَ إلى الساقية فيجب عليه أن يخمِّل مع من بعده حتى يصل ماء الساقية إلى مصرفه من النهر الكبير.

وأما كنْسُ ساقية المرحاضات التي ينتفع بعضهم بأعلاها وبعضهم بأسفلها فالحكم فيها على ما قال أصبغ من أن يعمل الأعلى مع الأسفل، ولا يعمل الأسفل مع الأعلى، لأن ماء الأعلى ووَسَخهم يجري على الأسفل،

وليس للأسفل على الأعلى مجرى؛ **وقد بين ذلك ابن أبي زيد في النوادر على ما نقله عن سحنون فقال**: على الأول أن يكنس حتى يبلغ إلى الثالث، وهكذا أبدا حتى يبلغوا إلى آخرها، **ثم قال: وهذا لا اختلاف فيه إذا كانت تجري في الأزقَّة والطرق**، وأما إن كانت تجري في الدور والأملاك فقيل: إن على كل واحد من أرباب الدور والأملاك أن ينقي ما في داره أو مِلْكه منها، وهو الذي يأتي على مذهب أشهب، وأحَدُ قولي ابن القاسم في أنَ تنقية الكُنُف المشتركة على قدر الأنصباء، وتنقيةُ كُنُفِ الدار المكتراة على أرباب الدور لا على المكتري.

قلت: والقولُ الآخر **لم يذكره ابن رشد هنا، وهو الذي وقع لأصبغ في الرواية**، وهو الذي تقدم لابن رشد عن أصبغ أن الاعلى **يعمل مع الأسفل**، ولا يعمل الأسفل مع الأعلى.

قلت: وبهذا كان يفتي الفقيه ابن أملال، وبالآخر كان يفتي الفقيه العبودسي، معللا فتواه بأن قال: لا تُمْلَكُ عليه أرضه بذلك. ونقل ابن دبوس مثل فتيا العبدوسي. وخلاصتُه إن عُلِمَ مِلك ممر الساقية لأربابها كان عليهم التخميل، وإن لم يُعلم مِلْكُهُمْ لمرها فالتنقية على أرباب الدور(هـ).

قلت: **قال الإمام ابن عاشر**: الساقية التي تجري فيها مرحاضات الدور إذا احتاجت لبناء أو إصلاح وتخميل ونحو ذلك، ومن شأنها أن تصب فيها دور متعددة، بعضُها يصب في الساقية من أولها، وبعض تحت ذلك، وبعض يصب فيها من وسطها، وبعضٌ يصب تحت ذلك إلى أن يكون آخر الدُور يصب فيها من آخرها، فبالضرورة أن هذه الدار المتأخرة التي تصب في الساقية لا يلزَمُ صاحبها من الاصلاح إلا ما صبَت فيه فضلاته إلى موضع يستغني عن الإصلاح. **وأما الدار** التي تصُب في الساقية فوق مصب هذه الدار الأخيرة فإنه يلزمها ما لزم الدار الأخيرة وزيادةُ مسافة ما بين صب

ص 118

الأخيرة ومصب التي قبلها؛ وهكذا الدار التي فوق الدارين يلزمها من الاصلاح ما يلزم الدار الموالية لها وزيادةُ مسافة ما بين مصبها ومصب الموالية لها، وهكذا الدار التي فوق الثلاثة يلزمها ما يلزم الدار الموالية لها مع زيادة مسافة ما بين مصبها، وهلُمَّ جرًّا إلى أن تكون الدار التي مَصَبُّها على الجميع يلزمها من الاصلاح ما لزم التي بعدها، ويلزمها وحدها زيادة إصلاح ما بين مصبها ومصب تلك الدار الموالية لها.

ولما كان شأن الساقية التي يصب فيها مرحاضاتُ دور متعددة، بعض مَصَابِّها فوق بعض أن يغرم فيها جميعُ أصحاب الدور التي لها فيها جريان لاكن مع تفاضل واختلاف في المقدار بين تلك الدور، إحتيج -لا محالة- إلى إعطاء ضابط يتوصل به إلى معرفة القدر الواجب على كل صاحب دار من ذلك القدر المفروض على الجميع.(هـ) ما وُجِد بخط العلامة سيدي محمد بن عبد السلام، رحم الله الجميع آمين.

وسئل العلامة القاضي المجاصي عمن استقرت عادتهم بخزن الخمر ببيوتهم ويجلبونها من معاصرهم لديارهم، وذلك أشهرُ من نار على عَلَمٍ.

فهل لمن تولّى أمرهم وأراد الضرب على أيديهم وإراقَة الخمر وكسر أوانيه الدخولُ لديارهم وفتشُها إذا اشتهروا بذلك أم لا حتى يظهر المنكر ظهورا بينا خارجا عن داره؟.

فأجاب : إن تحقَّق المنكر بالدار بشهادة عدلين أو ما يتنزل منزلتهما فجائزٌ الدخولُ من غير استئذان، هكذا في الإحياء، وتوقَّفَ في عدل مع عبدين، **قال** : والأولى المنعُ، إذ لا يسقط حقٌّ إلا بعدلين، **قال** : أما مَنْ ستر معصية في داره وأغلق بابه فلا يجوز أن يُتَجَسَّس عليه، وإذا رِيءَ فاسق وتحت ذيله شيءٌ لم يجز أن يُكشف عنه، وفي هذا الباب حكايات كثيرة، مؤدَّى جميعها طلبُ الستر، لحديث : « من رأى عورةً فسترها كان كمن

ص 119 أحيى مؤودة في قبرها»، رواه النَّسائي وأبو داوود، **ونقل كلام ابن عرفة، ثم قال**: ولم يذكُر ابنُ عرفة ما يعارض هذا إلا بالنسبة لمن لم يستظهر ولم يشتهر؛ **ومسألة السوال في قوم مجاهدين فلا بأس بالتعرض لهم** إن تحقق الخمر لديهم، والمبالغة في نكالهم وتعنيفهم على قدر الاجتهاد في غير السكر، أما في السكر ففي الحدِّ غُنْيَةٌ وكفاية(هـ).

وقال الزرقاني: يُشترط في المنكر **الذي يجب تغييره أن يكون مما أُجمع على تحريمه، أو ضَعُفَ مُدرك القائل بجوازه**، كأبي حنيفة في شُرب النبيذ، فعلينا نهيُ حنفي عن شربه، وأمَّا ما اختُلف فيه فلا يُنكَر على مرتكبه إن علم أنه يعتقد تحليله بتقليده القائل بالحِلِّ(هـ).

وقال التتائي: ويُشترط ظهور المنكر في الوجود من غير تجسيس ولا استراق سمْع ولا استنشاق ريح ليتوصل بذلك للمنكر، ولا يُبحث عما أُخفي بيد أو ثوب أو حانوت أو دار فإنه حرام(هـ).

تنبيه : في المعيار من جواب لمؤلفه ما نصه :

والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر لا يتعلقان إلا بواجب أو حرام عند المحققين(هـ)، وبحث فيه الشيخ الرهوني بأنه قد وقع النهي عن المكروه وتكرَّر في زمان الصحابة فمن بعْدَهم. **ففي الصحيحين أن أبا سعيد الخدري رضي الله عنه أنكر على مروان تقديمه الخُطبة على الصلاة في العيد. قال في الإكمال: وقوله**: «لا تأتون بخير مما أعلم» تصريحٌ بالحق وإن لم يكن في الواجبات(هـ). **ونقله الأُبِّيُّ وقال عقبه: قلت**: أُخْتُلف في وجوب التغيير لمخالفة المندوب(هـ)، وقد أمر النبي صلى الله عليه وسلم حسبما في أصح الصحيح أن يقال لمن ينشُدُ الضالَّة في المسجد : «لا ردَّها الله عليك».

وفي الصحيحين وغيرهما أن سيدنا عمر قال لسيدنا عثمان رضي الله عنهما حين تأخَّر يوم الجمعة: أية ساعة هذه؟، ثم قال له ثانيا: والوضوء أيضا؟.

وفي الصحيحين أيضا عن ابن عباس رضي الله عنهما : كُنت أضرب الناس مع عمر بن الخطاب على الصلاة بعد صلاة العصر . وفيهما أيضا قول سيدنا عمر للرجلين اللذين كانا يرفعان أصواتهما في المسجد : لولا أنكما غريبان لأوجعتكما ضربا .

وفي الصحيح أيضا قول سيدنا عمر لسيدنا عبد الرحمان بن عوف رضي الله عنهما عند لُبْسه -وهو مُحْرِمٌ- ثوبا مصبوغا بما يُكره للمحرم لُبْسُهُ ولا يحرم : **إنكم أئمة يقتدى بكم.**

وفي المعيار نفسه عن المدخل مانصه :

وردت السنة أن من إكرام الميت تعجيل الصلاة عليه ودفْنه، وقد كان بعض العلماء رحمه الله تعالى يحافظ على السنة، إذا جاءوا بالميت إلى المسجد صلَّى عليه قبل الخطبة، ويأمر أهله أن يخرجوا إلى دفنه، فجزاه الله خيرا عن نفسه على محافظته على السنة، فلو كان العلماءُ ماشين على ما مشى عليه هذا السيد انسدَّت هذه الثُّلمَة التي وقعتْ، وهي أن من أحدث شيئا سُكت عنه، فتزايد الأمر لذلك، فإنا لله وإنا إليه راجعون(هـ) .

وقد نقَلَ كلام المدخل هذا غيرُ واحد من شراح المختصر وسلَّموه كما سلمه صاحب المعيار، وبه تعلم ما في كلامه المتقدم، والله أعلم(هـ) .

قلت : (أي قال المؤلف) حفظه الله : الصواب هو كلام المعيار أن النهي عن المنكَر ، والأمرَ بالمعروف لا يتعلقان إلا بواجب أو حرام، وما اعترض به الرهوني كله لا دليل له فيه، لأن الإنكار فيه إنما هو من حيث إن فيه تغييراً لمعالم الدين لا لذاته، أو من حيث إن السكوت عنه يؤدي إلى حليَّته واعتقاد مطلوبيته لصدوره ممن يُقتدى به، فالإنكار فيه ليس من جهة كونه مكروها فقط، بل من جهة أنه يؤدي إلي الزيادة في الدين أو اعتقاد أن ذلك المكروه هو مطلوب شرعا، فتنقلب الأحكامُ ويصير المكروه مطلوبا عند العوام .

والحاصل أن المكروه لا إنكار فيه من حيث ذاته، **لأنه من قبيل الجائز، وأما من جهة أنه يؤدي إلى اعتقاد أن فعله سائغ شرعا، وأنه محمود يُثاب عليه فينكر قطعا**، فالمكروه إن كان لا يترتب على فعله مفسدة ولا اعتقادُ إباحته وندبه فلا يُنهى عنه، وكذا تركُ المندوب إن صدر ممن لا يقتدى به فلا يُنهى عنه، وهذا هو موضوع كلام الونشريسي، وإن كان يترتب عليه اعتقادُ حلِّيَّته وجوازه جوازا مستويَ الطرفين، أو ندْبه ومطلوبيَّته كما إذا فعله الأئمة الكَبار الذين يُقتدى بهم فينهى عنه لذلك، أي خشية التبديل وأن يُعتقد في المكروه التحليل، وهذا هو موضوع ما نقله الرهوني، فتأمله.

وبيان ذلك أن المكروه يطلب تركه شرعا لا فعلُه، فإذا فعَلَهُ، الأئمة أو من يُقتدَى به في الدين فإن العوام يعتقدون جوازه أو ندبه اقتداء بالأئمة فيفعلونه معتقدين حلِّيَّتَهُ، فيُنهى الأئمة وأهل الفضل عن فعله سدا للذريعة، لا مطلق الناس فإنهم لا يُنهون عن فعله، وكذا مخالفة المندوب إن صدرت ممن يُقتدى به فإنه يُنهى عنها لئلا يُعتقد جوازه جوازا مستوي الطرفين، بدليل فعل الأئمة له، فالإنكارُ على مروان في تقديم الخطبة على صلاة العيد، ومثله صلاة النافلة بعد صلاة العصر، إنما هو لتغيير السنة وتبديلها، والإنكار على عثمان تأخير الرواح للمسجد وترك الغُسل، لكونه ممن يُقتدى به كما أشار له سيدنا عمر في الإنكار على عبد الرحمان ابن عوف بقوله له: إنكم أئمة يقتدى بكم الخ، ففيه جواب عما استشكله الرهوني لو تفطَّن له، ولاكن الكمال لله، ولو فعل ذلك غير عثمان وغير ابن عوف لم يُنكِر عليه عمر رضي الله عنهم جميعا.

ص 121

وأما رفع الصوت في المسجد ففيه إذاية للمصلين، فالنهي عنه لذلك.

وأما ما قاله الإمام ابن الحاج في المدخل فخلاف ما عليه عمل الناس منذ أدركْنا، ولا نعرف أحدا فعله، ولعل تأخير الصلاة عليه ودفنه حتى يجتمع

الناس ويفرغوا من صلاة الجمعة ثم يصلوا عليه ثم يُدفن -كما هو العادة - لا ينافي تعجيل الدفن، لأن التأخير بقدر التجهيز والقراءة عليه واجتماع الناس للصلاة عليه -كما هو قصد الناس في الإتيان بالميت للمسجد في أوقات الصلاة - غير مضر، إذ المراد بالتعجيل عدم التأخير بلا فائدة، وأما التأخير قليلا لمصلحة تعود على الميت فلابأس به كالصلوات المفروضة فإن المطلوب فيها التعجيلُ بلا نزاع، ومع ذلك تؤخر بقدر التأهب والاجتماع وغير ذلك، تأملْه بإنصاف.

وسئل العلامة سيدي محمد بن عبد القادر الفاسي عن حائط بين رجلين، لواحد عليه سقفان، وللآخر ثلاثة سقوف، فامتنع أحدُهُما من البناء مع صاحبه، وقال: أستُر على نفسك متى شئت، وضع سقوفي أعطك نصف ما أنفقت على البناء، فهل يجبر على البناء أم لا.

فأجاب : إن في المسألة روايتين عن مالك؛ ففي الجلاب: وإذا تهدَّم الحائط المشترك وكان سترة بين إثنين، وأراد أحدهما بناءه وأبى الآخر، ففيها روايتان:

إحداهما أنه يُجبر الذي أبى على بنائه مع شريكه، **والأخرى** أنه لا يجبر ولاكن يقسمان عرصة الحائط ونُقْضَه، ثم يبني من شاء منهما لنفسه(هـ) والذي اختاره ابن عبد السلام وغيرُه الروايةُ الأولى القائلة بأنه يُجبر.

قال الإمام الحطاب بعد نقله جملة من النصوص، منها نص الجلاب وغيره: فسَّر التِّلمساني في شرح الجلاب الرواية الأولى بأنه إما بنى معه أو قاسم إن كان شأنه ينقسم، أو يبيع ممن يبني مع الشريك؛ قال: وهذا القول أقْيَسُ.

ثم قال الحطاب أيضا: الحاصل من كلام التوضيح والإرشاد أنه إن أمكن قسمُه قُسِم، وإن لم يمكن قسمُهُ فإما بنى معه أو باع، وهذا هو الراجح

الذي رجحه صاحب الكافي وابن عبد السلام والتلمساني، واقتصر عليه في الإرشاد، وهذا داخل تحت قول المصنف -يعني خليلا- : « وقُضِيَ على شريكه فيما لا ينقسم أن يعَمِّر أو يبيع »[7]، والله أعلم(هـ).

وأما قوله في المختصر : « وبإعادة الساتر لغيره إن هدمه ضرراً لا لإصلاح أو هدْم »، فحمله التتائي على أنه إذا كان الجدار لأحدهما، خلافا لسياق ابن الحاجب وابن شاس له في المشترك، لأنه في التوضيح تعقَّبه عليهما، وقد نظَم المسألتين ابن عاصم في تحفته واقتصر في المشترك على المختار من الروايتين[*]، والله سبحانه أعلم(هـ).

وسئل سيدي أحمد بن التاودي ابن سودة عما يظهر من جوابه، ونصه : الحمد لله؛ وصلى الله على سيدنا محمد وآله :

ص 122 إعلم أن الشريكين في الدار، إما أن يكون بينهما جدارٌ يساتر به كل عن صاحبه أم لا؟، فإن كان بينهما جدار فلا يخلو، إما أن يكون لأحدهما

---

(7) وذلك في أثناء باب الشركة:
والمعنى: وحُكم على شخص شريك امتنع من العمارة في عقار لا ينقسم كحمّام وبُرْج إحتاج للعمارة بأن يعمِّر مع شريكه الداعي للعمارة، أو بأن يبيع نصيبه لمن يُعمر، فإذا كان أحد الشريكين غائبا فإن القاضي يحكم على الغائب بالبيع، إن لم يجد له ما يُعمر به نصيبه، نقله البرزلي رحمه الله.
وكذا قوله الآتي بعد هذه العبارة: « وبإعادة الساتر لغيره إن هدمه ضررا لا لإصلاح أو هدْم ».
والمعنى : وإن هدم شخص حائط الساتر لجار قُضي عليه بإعادة جداره الساتر لغيره، على ما كان عليه إن هدمه مالكه قصد الضرر بجاره بانكشافه، لا يقضى عليه ولا يحكم بإعادة بنائه إن هدمه لإصلاح ومصلحة كخوف سقوطه أو ليعيده أوثق أو لإخراج ما تحته، أو انهدامه بدون سبب وفعل مخلوق.. الخ.

(*) وذلك قوله في باب الضرر وسائر الجنايات :

وإن يكن مشتركا فمَن هدَمْ ∴ دون ضرورة بناءَهُ التزَمْ
وإن يكن لمقتض فالحكم أن ∴ يبني معْ شريكه وهْو السَّنَنْ
من غير إجبار فإن أبى قُسمْ ∴ موضعه بينهما إذا حكم
وإن تداعياه فالقضاء ∴ لمن له العقود والبناءُ

مختصا به فهدمه خوف سقوطه، أو انهدم بنفسه من غير أن يهدمه أحد فلا يقضى بالإعادة، **ويقال للجار**: أستر على نفسك إن شئت، فإن هدمه ضررا بجاره قُضي على ربه بالإعادة، لقوله: «وبإعادة الساتر لغيره إن هدمه ضررا». وعلى هذا حمله الخرشي والزرقاني. **وقال في التوضيح**: ولم ينقل ابنُ يونس هذا إلا فيما إذا كان الحائط لأحدهما(هـ). **ونصُّ ابن يونس**: إذا كان لأحدهما فطلب هدمه لم يكن له ذلك إلا أن يُعلم أنه لم يُرِد به الضرر، فإن خيف سقوطه فهدمه لم يُجبر على رده، فإن انهدم بنفسه لم يجبر على بنيانه(هـ).

قال شيخنا الوالد: والذي في سماع عيسى وكلام ابن رشد عليه مثْلُ ما لابن يونس(هـ)، نقله عن الشيخ مصطفى. وظاهره كالمصنف لا جبر ولو مع القدرة على إصلاحه. **قال الزرقاني**: وما في العتبية عن ابن القاسم من قوله: ترَك إصلاحه لعجز أو استغناء فرضُ مسألة(هـ)، وانظر نص ذلك في التوضيح، وإن كان مشتركا بينهما وهُدِم ضررا أو لإصلاح، أو انهدم بنفسه فيُقسم دفعا لضرر الشركة إن أمكن قسْمُه، فإن لم يمكن قسْمه دخل في قوله: «وقضيَ على شريك» الخ، أنظر الحطاب، أي فيُقضى على الآبي من الإصلاح أن يعمِّر أو يبيع. والمراد بالعمارة البنيانُ، فقول خليل: «وبإعادة الساتر لا لإصلاح» في غير المشترك.

ص123

وإن اقتسما الدار ولم يكن بينهما جدار ولم يشترط إقامة حاجز يَسترهما فالذي لابن رشد في المقدمات أنه لا يحكم بذلك عليهما، ويقال لمن دُعي إلى ذلك: أُستر على نفسك في حظك إن شئت. **قال**: وان اشترطا ذلك ولم يحُدَّاه أُخذ من نصيب كل منهما نصف بناء الجدار، وإن كان أحدهما أقل نصيبا من صاحبه، وكذلك تكون النفقة بينهما بالسواء إلى أن يبلغ مبلغ الستر إن لم يَحُدَّا في ذلك حدا، ولا خلاف في هذا أعْلَمُه(هـ).

فهذا كلام على ما إذا كان الجدار مشتركا بينهما، لأن كلا من شريكي الدار محتاجٌ لما يستتر به عن صاحبه، فالسترة بنهما، وبه قرر ابن غازي رحمه الله قول المختصر في باب القسمة: «كسُترة بينهما»[8].

قال شيخنا الوالد فيما كتبه على الزرقاني: المناسِبُ ما حمله عليه الشارح، أُنظره في ابن غازي(هـ)، يشير إلى ما ذكرنا عنه. وبعد ما نقل ذلك قال عن اللخمي: الصواب أن يجعل كلٌّ واحد تحجيرا يستتر به عن صاحبه، ولا يجوز الرضى بغير تحجير، لأن فيه كشفا لحريمهم في تصرفهم ودخول بعضهم على بعض(هـ). وحمَلَه الخرشي والزرقاني على ما إذا كان لأحدهما فقط، أو مشتركا بينهما، فإن كان لأحدهما مختصا به فسقط بنفسه أو أسقطه ربه خوفا من سقوطه عليه لأجل إصلاحه فلا يُجبر ربُّه على إعادته كما كان، لقول المختصر: «لا لإصلاح أو هدم»، أي لا إن هدَمه لإصلاح خوف سقوطه، قالا: وأما المشترك بينهما فيجبر(هـ). **وقد علمت التفصيل في المشترك بينهما**، ذكره حافظ المذهب، وأنهما إن لم يشترطا ذلك فلا جبر، فالصواب حمل ابن غازي، وبالله تعالى التوفيق(هـ).

---

(8) وذلك في أثناء الباب، وفي سياق ما لا يُجبر عليه الشريك حيث قال:
«ولا يجبر على قسْم مجرى الماء، وقُسم بالقلد، كسترة بينهما».
والمعنى: «وإن اشتركوا في الماء ومجراه وطلب أحدهم قسم مجراه وأباه الآخر، فلا يُجبر الآبي على قسمه، لأنه إذا تعدد مجراه لا يستوي جريه، بل قد يستوي في بعضها أكثر من جريانه في الآخر، فيلزم غبنُ بعض الشركاء. ويجوز القسم بالتراضي.
وقسْمُ الماء المشترك بالقلد، وهو القدْر المثقوبة من أسفلها، المتعلقة حتى يفرغ الماء الذي فيها، وأصله الماء المجعول فيها، ثم استعمل فيها لعلاقة الحالِّية، وهي (علاقة من علاقات المجاز المرسل). وشبه المصنف في عدم الجبر قوله «كسترة بينهما»، أي كبناء حائط ساتر بينهما، سكت الشريكان عن شرط بنائه بينهما حين القسم، ودعا أحدهما الآخر لبنائه فأبى، فلا يجبر، فإن شرطا الاشتراك في بنائه جبر الآبي على بنائه مع الداعي.
قال الإمام مالك رضي الله عنه في الجدار بين الرجلين يسقط: فإن كان لأحدهما فلا يُجبر على بنائه، ويقال للآخر: استُر على نفسك إن شئت، وإن كان مشتركا بينهما أُمر الآبي أن يبني مع صاحبه إن طلب ذلك، ومثل هذا الكلام للإمام ابن رشد رحمه الله في كتابه (المقدمات).

ص 123 **وأجاب بعضهم عن مسألة:**

الحمد لله، والصلاة والسلام على مولانا رسول الله.

أربابُ البصر أعلاه الموجَّهون من قِبل القاضي سدده الله في شأن الشُّباك والقادوس المحدثَين بجدار المصرية المذكورة، حيث شهدوا بنفي الضرر عن الجدار وبينوا ذلك، ووصفوه بوصف أزال الإشكال، ولم يبق معه في ذلك احتمالٌ، فالقضاء بشهادتهم واجب، والحكم بمقالتهم لازبٌ، لأنه إذا كان الأمر على نحو ما وصفوه، لا يمنع مُحْدِثُهُ من إحداثه، ولا يُقضى عليه بزواله على الراجح والمفتى به. وقولُ المختصر: «وقُضِيَ بسد كُوَّةٍ فتحت»(9) الخ.

قيده الحطاب كما في شرح جسوس وحاشية البناني وغيرهما بما إذا كان لا يحتاج فيها إلى صعود سُلَّمٍ ونحوه، وإلا فلا يقضى بسدها، ونحوُهُ في ابن سلمون عن مسائل ابن الحاج.

وفي نوازل المعيار في الأقضية والشهادات عن ابن لب ما نصه:

القاعدة أن المرافق التي لا ضرر فيها لا يمنع من أراد إحداثها، لأنه ينتفع، وغيره لا يتضرر. وقد اختلف العلماء في المرافق التي تضُرُّ بالجار، فكيف بما لا ضرر فيه بوجه، والله سبحانه أعلم(هـ).

قلت : قال ابن الحاج، كما في المعيار : وإذا كان الاطلاع لا يمكن إلا بواسطة مثل سُلَّمٍ يوضع فيرتقى عليه لموضع الاطلاع أو كرسي، فلا يُهْدَمُ موضع الاطلاع ولا يُطمَسُ، ويمنع أن يطلع، وبذلك جاءت الروايات، ويؤدَّب على ذلك، إلا أن يكون الموضع مما جرت العادة بأن يسكن فيه من لا يومَنُ فإنه يُطمس ولا يُهدم، وبهذا نفذ الحكم الخ.

(9) تقدم ذكر هذه العبارة في الهامش رقم 1 من هذا الباب المشتمل على نوازل الضرر.

وسئل سيدي أحمد بن التاودي ابن سودة عن واد قديم مر بقوم فانتفعوا به ثم إنحسر عنهم، فجعل عليه الأسفلون سقفا وأحدثوا عليه بعض الدور والمساجد، فاندكَّ ذلك السقف في بعض طرق تلك الدور، فقاموا على الأعلين وأرادوا إلزامهم إصلاح ما تهدم من ضفتي الوادي معهم، محتجين بانتفاع الأعلين به عند مروره بهم، فهل لا يقضى عليهم بالإصلاح معهم الخ؟.

فأجاب : الحمد لله ؛ ما انهدم من قنطرة أو بناء على الوادي المذكور فبناؤه على مالكه فقط، لا فرق فيه بين ما لصق الماء أو اتصل به أو ارتفع عنه، لأن الأسفل أساس له فلا يتمكَّنُ من البناء فوقه إلا ببنائه، وهو على ذلك دخل، لِحُدُوث الأبنية وقدم الأودية، فمن أحدث البناء على حافتي النهر المذكور أو فوقه لزمه هو ومن قام مقامه بناءُ ماوَهَى منه، ولا يلزم أرباب الأرحية وأصحاب القنوات والمراحيض التي تصب في النهر المذكور، ومن أخذ منه شيئا لدار أن يبْنُوا معه لتمكُّن كل واحد منهم من الانتفاع به على الحالة التي هو عليها، فلا وجه للقضاء عليهم بالبناء لحافتي النهر ليقيم من عداهم بناءه عليه مع قيام منفعتهم وعدم تعطيلها، ولا مستند له في الشرع، وانتفاعُهُم به ليس بالذي يوجب عليهم ذلك، لما عُلِمَ أن سُنَّةَ الأنهار التي أجراها الله تعالى كسُنَّة الطرق المملوكة المشاعة، فلكلٍّ واحد الانتفاع والارتفاق بها.

ص 124

نعم، لو كانت الأبنية والجدرات سابقة على الوادي ومبعدة عنه ثم سِيقَ النهر وأُحْدث بعدها للانتفاع به في الأرحية والسقي مثلا لكان بناؤها إن سقطت على من ساق ذلك النهر وأحدثه كما في مسألة الخليج التي في العتبية، والله سبحانه أعلم.

الحمد لله ؛ ما سطر أعلاه صحيح واضح، إذ لا وجه في الشرع لتكليف أرباب الأرحية وأصحاب القنوات والمراحيض وغيرهم ممن له شِرْبٌ من الوادي ببناء حافتيه أو ما وهَى منهما لتمكنهم من الانتفاع به، بنى أم لا، فحيث

لا منفعة لهم في البناء فلا يلزمهم، ولا حُجَّةَ لمن له جدار متَّصِلٌ بالوادي تهدَّم بسبب مجاورة الوادي له مع اتصال سيلانه على المنتفعين به المذكورين، لدُخوله على ذلك بنفسه أو من قام هو مقامه، بحيث إن مجاورته معدودة من عيوب الجدرات. **ويدل لما ذكرنا ما في المواق عن الكافي** أن من له مسيل ماء على سطح رجل وانهدم فإصلاح السطح على ربه، وليس على صاحب المسيل شيء من نفقته(هـ)، **فكذا يقال** : من له مسيلُ ماء بجانب جدار رجل، فما انهدم منه فإصلاحه على ربه، وليس على صاحب الماء منه شيء، وما وقع في المواق والمجالس المكناسية وغيرهما إنما هو في تنقية نفس الوادي إن احتاج لها لا في بناء من حوله، والله تعالى أعلم، وكتب علي بن أويس الحصيني لطف الله به(هـ).

وأجاب الشيخ التاودي عن نحو المسألة، ونصُّهُ :

الحمد لله ؛ المتعين في النازلة أن يكون تخميل الوادي وكَنْسُهُ مما سقط فيه على المختصين به والمستبدين بمنفعته من أرباب الأرحية وغيرهم، لأنه إذا اختنق مجراه انحصر فأضر بما يحاذيه من أساس وغيره، فيقضَى بذلك عليهم رفعا للضرر، وما انهدم من قنطرة أو بناء فوق الوادي فإصلاحه على أربابه إن أحبوا، إذ لا فرق بين أعلاه وأسفله وإن حاذى الماء وجرى حوله، لأنه أساس للأعلى ومَقرٌّ له فلا يتمكن منه بدونه، وأهلُ الوادي لا منفعة لهم فيه ص 125 لجري مائهم دونه؛ **وبمثل هذا ثبت العُرف بشهادة البناءين والرَّحويين وغيرهم حسبما بيد ماسكه، وهو عرف صحيح جار على مقتضى الفقه**.

وأما ما ذكره أرباب البصر من كون البناء يكون رُبُعُهُ على أرباب الدور والمنتفعين بالمرور، وثلاثةُ أرباعه على أصحاب الأرحية، فشيءٌ لا مستند لهم فيه، ولا يُعلم في قواعد الشريعة ما يقتضيه،
والله سبحانه أعلم(هـ)، **وستأتي هذه المسألة بأبسط من هذا في أول نوازل المياه**.

وسئل سيدي أبو القاسم ابن خجو عن رجل له أرض غرس فيها أنواعا من الأشجار، فقام مجاوره بأرضه وقال: إن هذا الغرس يضرني، وما فعل ذلك إلا قصدا لضرري، ثم قدَّم له جماعة من الناس يرغبونه في تلك الغراسة فامتنع وقال: الأرض أرضي، أفعل فيها ما أشاء، وقصدت ضرره، فهل يؤاخذُ بإقراره هذا فيُمنع من الغرس، أو لا عِبرة بإقراره، بل يتصرف في ملكه كيف شاء.

فأجاب : إن لم يُرد بالغرس سوى الضرر والانتقام مُنع منه، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: « لا ضرر ولا ضرار »، والله سبحانه أعلم.

وسئل أيضا عن فدان اقتسَمه أربابه على أربعة أقسام، فأراد أحدهم أن يحدث في قسمته أَندَرًا وبيتا للأندر، فمنعَهُ مَن جاوره منهم من ذلك وقال: إنه يضر به، فزعم من أراد إحداث الأندَرِ أنه لا يمنعه من ذلك، إذ الأرض أرضه، وله أن يحدث فيها ما شاء.

فأجاب : إن ثبت الضرر مُنِعَ المضر مما أضر به، لقوله صلى الله عليه وسلم: « لا ضرر ولا ضرار »، والله سبحانه أعلم(هـ)،

وانظر هذا مع ما أجاب به ابن هارون. فإنه سئل عن أناس اشتَروا أرضا داخل أملاك رجل على مقربة من داره فغرسوها بدوالي العِنب، فادعى الرجل المذكور أن ذلك يضُرُّ به، وأنهم يُجبرون على بيعها له، فهل له ما زعم أم لا؟.

فأجاب : إن كان الأمر كما ذُكر فلا تَحَجَّرُ عليه أملاكه، ويصْنعُ بها ما شاء، ولعل هذا هو الصواب.

وسئل ولده أبو الحسن علي بن أبي القاسم بن خجو عن عرصتين لرجلين متجاورتين، وفي إحداهما شجرة غاص منها غصنٌ في الأرض وخرج بالعرصة الأخرى، فأراد صاحب الشجرة أن يتبع غصونها حيث ما ظهر في ملك جاره،

ص 126 أله ذلك أم لا؟، أو يمنعُهُ الذي خرجت في عرصته ويستغلها؟، وهل الحكمُ واحدٌ، سواء غاصت في الأرض كما ذكرنا أو امتدَّ غصنُها في الهواء حتى أظل على عرصة جارهِ، وهل لجاره استغلال ما أظل على ملكه من تلك الشجرة أم لا؟.

فأجاب : صاحب الشجرة لا يتبع من شجره ما غاص في الأرض ونبت عند جاره، ولاكن له قطعه في أرضه إن شاء، وهو لمن نبت في أرضه إن حيِيَ، وأما ما جاوز الأرض في الهواء فإن أضر بأرض جاره كان عليه قطعُهُ ورفعُ ضرره، ولا يجوز أن يترك له ربه غلته في مقابلة ضرره، لأنه كراء الأرض بما تُنْبِتُ، والله سبحانه أعلم(هـ)، تأملْه.

وسئل العلامة أبو العباس سيدي أحمد الشريف عن رجلين متجاورين بالديار، بنى أحدهما في داره غرفة ونباحا أمامها، وجعل قناة سطح غرفته ونباحه تصُبُّ على سطح غرفة ونباح جاره، ولم يستطع أن يُغير عليه لكونه من ذوي الجاه واليد مع ولاة البلاد، ولم يزلْ الماء المذكور يصب من القناة المذكورة وقت الشتاء على سطح غرفة جاره المذكور حتى هدَمها وخرَّبها، وبقي الأمر كذلك إلى أن توفي رب العرصة المهدومة، ثم قسم ورثته تلك الدار من بعده وباعوا الغُرفة المهدومة ونباحها لرجل آخر، فبناهما على غير الحالة التي كانا عليها أو لا، وأبطل حكم القناة التي كانت تصب على سطح الغرفة كما ذكر، مدَّعيا أنها مُحْدَثة على رب الدار المتوفَّى من غير اختياره ولا رضاه، وأنها ضرر يجب إزالته، وزعم رب القناة أنها أُحدثت على عين الهالك المذكور وسكت عنها مدة طويلة ثم توفي، فلا يحكم عليه بإزالتها ولو كانت ضررا، فلمن يكون القول منهما؟.

فأجاب : إن كان هذا الذي أحدث هذا الماء كما وصفتموه من أهل الاستطالة والقهر والغلبة فلا عبرة بقدم الضرر ولا بحدوثه، لأن حيازة من

هذا وصفُه كلا حيازة، وإن لم يكن كذلك أو كان وزالت سطوته وسكت المحدث عليه الضَّرر مدة الحيازة فلا قيام له الآن بعد سكوته العشرة الأعوام ونحوها؛ ولاكن قد ذكرتم أن من أحدث عليه الضرر توفي وباع ورثته ذلك بعد قسمهم إياه؛ فإن كان الأمر كذلك فلا قيام الآن للمشتري، لأن من أُحدث عليه الضرر وسكت ولم يخاصم وباع ذلك فلا قيام للمشتري بالضرر، إلا أن يكون هذا المحدث له كما وصفتم من أهل الاستطالة فلا يُسقط ذلك سكوتُ المحدَث عليه ولا سكوتُ ورثته. والله سبحانه وتعالى أعلم.

ص 127 **وسئل ابن مرزوق عمن أُحدث عليه امتداد ضرر الأشجا،ر هل له قطعها أم لا؟، وكيف إن باع ملكه قبل قيامه بقطع ما أضر بأرضه ؟.**

فأجاب : من لم يبع موضعه فله القيام بقطع ما أضر بأرضه من امتداد شجر الجار عليها، وأما المشتري فلا كلام له فيما دخل عليه، وله الكلام فيما تزايد، والله أعلم. (هـ).

وفي نوازل المعيار قال : سئل سحنون عن الرجل يريد أن يطر، أي يلبس حائطه من دار جاره فمنعه جاره من الدخول ليطر حائطه.

فأجاب : ليس للجار أن يمنعه من أن يدخل داره ليطر حائطه، ويجري على ذلك لو أن ريحا قلعت ثوب رجل عن ظهره فألقته في دار رجل أكان له أن يمنعه أن يدخل لياخذ ثوبه؟، ليس له أن يمنعه، إلا أن يُخرج له ثوبه فيمنعه من الدخول. **قال يحيى بن عمر : هذا جواب حسن،** وله أن يدخل الحجارة والطوب والطين على باب جاره وما يحتاج إليه في بنيانه ولا بذ له من ذلك.

وسئل ابن المكي عن ذلك فقال : له منعه. (هـ).

قلت : قال الزرقاني ، على قول المختصر : «وقضي على جار بالإذن في دخول جاره وأجراء وبنائين لإصلاح جدار من جهته ونحو الجدار»(*)، **ما نصه**: كثوب رماه الهواء بدار جاره ودابة دخلت، فيقضى عليه بدخول جاره لأخذ ثوبه ودابته لأنه حق له إن لم يخرجهما له، وله منع جاره من إدخال جص وطين من بابه ويفتح في حائطه كوة لأخذ ذلك. وأشعر قوله (لإصلاح) أنه إن أراد طر حائطه من جهة داره فله منعه حيث لا يترتب عليه إصلاح جداره. (هـ).

وكتب الرهوني على قوله : (وله منع جاره من إدخال جِصّ) إلخ. **ما نصه** : نحوه في الحطاب عن ابن فرحون وعن الشيخ زروق عن ابن حبيب عن سحنون، لاكنه خلافُ ما في المعيار عن يحيى بن عمر صريحا وخلافُ ظاهر ما في النوادر والمعيار عن سحنون نفسه. وقد نقل ابن عرفة كلام النوادر وسلَّمه مقتصرا عليه، **ونصه** : وفي النوادر لابن سحنون عنه في جوابه حبيبا : من أراد أن يطر حائطه من دار جاره ليس له منعه أن يدخل داره فيطر حائطه. وكما لو قلعت الريح ثوب رجل فألقته في دار آخر لم يكن له منعه أن يدخل فياخذه، أو يُخْرِجُه له. (هـ).

ونص المعيار عن يحيى بن عمر : وسئل أبي سحنون عن الرجل يريد أن يطر حائطه إلخ ما نقلناه عنه.

ص 128

قال الرهوني بعد نقله : فحاصلُهُ أن ابن المكي قال : له المنع من الطرّ، وقال سحنون ويحيى بن عمر : ليس له منعه، وصرَّح يحيى بن عمر بأن له

(*) العبارة كما هي في متن المختصر المطبوع مع شرحه جواهر الإكليل، كالتالي، وجاء ذكرها في باب الشركة أيضا هي قوله : «وبالإذن في دخول جاره لإصلاح جدار ونحوه».
أي قضي على جار بالإذن في دخول جاره داره لإصلاح جدار ونحوه، كإخراج ثوبه الواقع في الدار إن لم يخرجه له، لكن هذا ليس خاصا بالجار، بل كل من وقع له شيء في دار غيره، حُكمه كذلك. كما هو منصوص هنا عند الشيخ المهدي الوزاني رحمه الله تعالى وجزاه خيرا، ونفع بعلمه وعطائه، آمين.

إدخال ما يحتاج إليه على باب جاره، وهو ظاهر جواب سحنون المذكور، وهو أيضا ظاهرُ ما في النوادر عن ابن سحنون عن أبيه، وسلَّم ذلك الشيخ أبو محمد وابن عرفة والونشريسي. ففي زيادة الشيخ زروق منعه من ذلك مخالفَةٌ لهؤلاء، وقد خفي ذلك كله على الحطاب.

وقد ذكر في المفيد عن سُحنون نحو ما في النوادر، فقال قبل ترجمة في وجوب الضرر مانصه: وقال سحنون فيمن أراد أن يَطُرَّ حائطه من دار جاره: ليس لجاره أن يمنعه من الدخول لطَرِّ حائطه، وكذلك لو قلعت الريح ثوبا عن كتفَيْ رجل فألقته في دار رجل لم يكن له منعه من أن يدخل فيأخذ ثوبه، أو يخرجه هو إليه إن أبى من دخوله إلى داره(هـ). وللمتيطي مثل ما قدَّمناه عن المعيار كما نقله أبو علي.

ولا خفاء أن ما للشيخ زروق لا يقاوم هذا، وقد قال أبو علي ما نصه: لاكن من وقف على الخلاف في إرفاق الجار وما ذكَرَ الناسُ فيه جزم بما قاله المتيطي أنه يُدخل الطين ونحوه من باب الجار، فإنَّ نقب الجدار صعبٌ، وهذه الأمور إنما يُرتَكَبُ فيها أخف الضررين كما في التوضيح هنا، وكذا غيره. **ثم قال: نعم**، إن كان الطين كثيراً جدا ويُعطل منافع الدار أياما فهذا يقرب(هـ). وما قاله ظاهرٌ معنى، وأما نقلا فالأقوى هو عدم المنع مطلقا، والله أعلم.(هـ) كلام الرهوني رحمه الله.

وسئل ابن الحاج كما في المعيار عن درب غير نافذ، فيه بابُ دار لرجل، وكان إليه حائط لبعض الجيران ففتح إليه بابا فلم يُنكر عليه جاره؛ أو كان قديما ثم طمسه ووهب الدار للابنة، فأرادت الابنة فتح ذلك الباب لعلة.

فأجاب: ذلك لها، وكأنها دخلت عليه كما جاز للواهب ذلك؛ **قيل**: إن كان طمسه بزوال شواهده وبقي على ذلك زمانا فالصواب أنه يمنع الواهب فضلا عن الموهوب له، لأن الجار حاز عليه ذلك بعد أن أسقط ضرره،

وإن كان أغلقه وأبقى شواهده فالصواب جواز ذلك للموهوب له، لأن كل حق للواهب فإنه ينتقل للموهوب؛ فكما جاز للواهب فتحه فكذلك للموهوب فيلزم هنا كذلك للموهوب، ومن يقول: إنه حقٌّ تَصَيَّرَ للمشتري فكذلك الموهوب هنا، وبالأول مضى العمل، وكأنه حقٌّ أسقطه وباع. **(هـ) من المعيار.**

ص 129 ونقل في موضع آخر جوابا لأبي سعيد بن لب **قال فيه**، ـ مستظهرا على الحكم الذي أجاب به ـ، **ما نصه**: ولابن رشد في رجل كان له بابٌ شارعٌ إلى سكة غير نافذة فطمَسَهُ ثم وهب الدار، فأراد الموهوب فتحه بدون رضى أهل السكة، فمنعه ابن رشد من ذلك، لأنه لما طمسه له وانتقل الملك بعد طمسه سقط الحق في فتحه(هـ). ففتْوى ابن رشد هذه على وفق ما جرى به العمل، وأظن الأستاذَ ابنَ لُبٍّ ما ترك التنبيه على جري العمل المذكور إلا لعدم تعلق الغرض له به، قاله المحقق السجلماسي.

وسئل سحنون عن خربة لرجل وسط دُور يُلقي فيها الزبل أهل الحارة، غير أنه لا يُعرف الذي يلقيه بعينه خاصة، فاشتكى جَار الخربة بأن الزبل يضر بحائطه، فقال صاحب الخربة: وأنا أشتكي من أذاه لي في قاعتي مثل ما تشتكي أنت في حائطك من الأذى.

فأجاب: هي مثل الحائط يسقط للرجل فسَدَّ على الرجل مدخله ومخرجه. وزعم في آخر الكلام أنه على صاحب الخربة أن يرفع الزبل الذي في خربته الذي أضر بجاره، وإن قام صاحب الخربة على الجيران الذين حولها أخذهم بكنسها، **قال أبو بكر**: كلام سحنون في الجيران استحسان، لأنه قد يرمي فيها غيرُ الجيران.

وسئل عنها قاضي الجماعة بتلمسان أحمد سعيد المديوني.

فأجاب: على جميع من جاور الخربة رمي زبلها على عدد ديارهم أو على عدد الساكنين في الدار، على الخلاف في كنس المراحيض، ولا يضر سكوت صاحبها(هـ).

قلت : **قال الزرقاني على قول المختصر** : « وقُضِيَ بقطع ما أضر من شجرة بجدار »[10] الخ، **ما نصُّه** : ومفهوم قوله « بجدار » أنه لو ادَّعى الجار التسَوُّر على منزله من شجرة بجانبه لم تقطع ولو متجددة، إلا أن يُثبت ذلك فتُقطع، وهل مطلقا وبه أفتى بعضهم، أو إلاَّ أن تكون أقدم؟، ولعلَّ الفرق بين ما هنا وبين عدم جبر ذي خربة بجانب دار لآخر ويُخْشَى منها توصلُ السراق لذي الدار إمكانُ تحرز رب الدار بعُلُو البناء على الخربة، بخلاف الشجرة لتجدد نمو غصنها دائما(هـ) .

وكتب الرهوني على قوله : (ولعل الفرق بين ما هنا وبين عدم جبر ذي خربة بجانب دار) الخ، **ما نصه** : جزم بعدم جبر رب الخربة المذكورة على بنائها ولم يجزم بذلك عج، **بل قال** عند قول المصنف في الاجارة : « ولم يُجْبَرْ آجرٌ على إصلاح مطلقا »[11] **ما نصه** :

قلت : **وأخذ غير واحد من أشياخي من مسألة المصنف هذه** أنه لا يُجْبَرُ من له خربة بجوار شخص يحصل له منها ضرر كسارق ونحوه على عِمارتها، ويقال له : إعمل ما يندفع به الضرر عنك .

---

(10) وذلك في أواخر باب الشركة :
أي : وحُكم بقطع ما أضر من أغصان شجرة بجدار الجار، إن تجددت وحدثت الشجرة بعد الجدار اتفاقا، وإلا بأن كانت متقدمة على بناء الجدار ففي القضاء بقطع أغصانها التي أضرت بالجدار الحادث عليها وعدمه قولان : قول لابن عرفة عن ابن رشد : ليس للجار قلعها ولو أضرت بجدار، وقول بالقطع، وذلك لأن امتداد الأغصان يكون من شأن الشجرة وحالها، فقد حاز ذلك من حريمها، والقول الأول اظهر، واختاره ابن حبيب .

(11) وذلك في الفصل المتعلق بأحكام كراء الحمَّام والدار والأرض والحانوت واختلاف المتكارين فيها، وهو الفصل الذي بدأه بقول : فصل، جاز كراء حمام ودار غائبة كبيعها أو نصفها . الخ .
والمعنى : « وإن حدث خلل في العقار المكترى قبل تمام مدته لم يُجبر آجره ومكريه على إصلاح ما انهدم من العقار الذي أكراه مطلقا عن تقييده بعدم إضراره بالمكتري وحدوثه بعد العقد وإمكان السكنى معه، ويخير المكتري بين السكنى بجميع الكراء والخروج، على التفصيل المذكور عن ابن رشد في الموضوع، هذا مذهب ابن القاسم في المدونة، وقال غيره : يجبر المكري على إصلاح ما انهدم : قال ابن عبد السلام : وعليه العمل في زماننا .

ص 130

ويدلُ على ذلك أيضا مسألة عدم إعادة الساتر، ومسألة فروع الشجر، وأفتى بعضهم بلزوم رب الخربة بفعل ما يدفع به الضرر عن جاره من عمارة أو بيع ممن يعمر ونحو ذلك، وربما يدل له مسألة إجارة دار الفاسق وبيعها؛ وعليه فلو أمر ربها بعمارتها، فإن امتنع أُمر بإجارتها لمن يعمرها، فإن امتنع بيعت عليه لمن يعمرها جبرا، وهو ظاهر في نفسه من مسألة دار الفاسق. ولقد رأيت في ذلك ما يوافق الأول إلى أن قال الرهوني بعد تمام كلام عج ما نصه: ولاشك أنه يفيد رُجْحَانَ الأول، فلذلك اقتصر عليه الزرقاني، والله أعلم(هـ).

ثم قال الرهوني بعد نقله عن الإمام الحفار : إن مالت أي الشجرةُ النابتة في ملك الغير واحتاجت إلى التدعيم وأمكن جعل الدعامة في حريم الشجرة فعل ذلك، وليس لرب الأرض أن يمنعه من ذلك، لأنه جعل الدعامة في ملكه وهو حريم شجرته، فإن مالت الشجرة حتى خرجت عن حريمها وكان لا يتأتى جعل الدعامة بحيث ينتفع بها إلا بملك الغير فحينئذ له المنع، إلا أن يُرضيه في ملكه(هـ).

تنبيه : مثل هذه المسألة: من لَهُ شجرة في أرضه فمالت فليس له جعل الدعامة في أرض جاره إلا أن يرضيه، وكثيرا ما تقع المسألتان فيبادر مالك الشجرة لتدعيمهما حيثُ لا يجوز له من غير استئذان، لاسيما ذوي القرابة، فإن قام رب الأرض عليه قبل انقضاء أمد الحيازة فله ذلك بعد يمينه إن طال، وبدونها إن قام بالقرب كما مر عن العتيبة وابن رشد، وهو الصواب الموافق لما في الشفعة، خلاف ما في التحفة وغيرها، وإن سكَت أمَدَ الحيازة فلا كلام له، والراجح المعمول به أنه عشرة أعوام، وظاهر أنقال الحطاب أنه لا فرق في ذلك بين الأقارب والأجانب، وصرح بذلك غير واحد كابن عات في طرره، والمعيار عن ابن الحاج وابن سلمون(هـ).

ووقع الجواب عن شجرة عظيمة مظللة على دار بما نصه :

إذا ثبت على مجلّد الذي كتب على نفسه أنه التزم قطع ما أضر من زيتونته على دار آمنة ودفع الضرر عنها قُطِعَ، إلا أن يُعْذَر بجهالة ويحلف بالله ما التزمتُ ذلك إلا وأظن أنه يلزمني فإنه يُنظر حينئذ في الزيتونة، فإن كانت قديمة العشر سنين فما فوقها لم تُقطع، وإن كانت غير قديمة قطع ما أضر منها، قال بذلك غير واحد(هـ) .

ص 131 **وأجبت عن مسألة : الحمد لله ؛** حيث كانت الأرْوَى قديمة بأزيدَ من عشرة أعوام كما في جواب المقال فإنها لا تُحَوَّلُ ولا تُزال عن محلها ولو كان فيها ضررٌ، لأنه إنما يزال الضرر الحادث لا القديم، فلا يرفع إلا برضى صاحبه، وكُتُبُ الفقهاء بهذا طافحة .

قال في التهذيب : ومن فتح في داره كوة أو بابا يضر بجاره في التكشف منه عليه مُنِعَ، وأما كوة قديمة أو باب قديم لا منفعة له فيه، وفيه مضرة على جاره فلا يمنع منه(هـ) .

وفي نوازل العلامة أبي زيد سيدي عبد الرحمان الحائك أنه سئل عمن أُحدث عليه ضرر فسكت أكثر من عشر سنين.

فأجاب : الذي به القضاء – وهو قول ابن القاسم كما لغير واحد ، وقال في المعيار عن العبدوسي : إنه المشهور– أنه إذا سكت مَن أُحدث عليه فتح كوة ونحوها عشر سنين فلا مقال له، إلا أن يكون له عذر في ترك القيام(هـ) .

وسئل أيضا عمن أُحدث عليه ضرر فسكت نحو عشرين سنة هو وأبوه من قبله، فقام الآن وكان مجرى ماء.

فأجاب غيره : إنه لا قيام له، حيث لا عذر له في سكوته عشر سنين على ما به القضاء كما لابن فرحون والمقصد المحمود.

وأجاب هو رحمه الله بذلك أيضا قائلا : والمسألة تكلَّم عليها في المعيار والدُر النثير والوانوغي، وأبو علي في شرحه؛ وما به العملُ هو قول ابن القاسم وأشهب وابن نافع كما في ابن الناظم، وفي المعيار عن العبدوسي أنه المشهور، ونقله الشيخ ميارة أيضا(هـ)، والله أعلم ؛ قاله وكتبه المهدي الوزاني لطف الله به.

وسئل ابن أبي زيد عمن له أرض بين رِباع قوم وقد منع طريقها.

فأجاب بأن طريقه عليهم كلهم يسلك فيها، فإن ادعى بعضهم على بعض حلَّف بعضهم بعضا ثم أقاموا له طريقه(هـ).

وسئل سيدي يحيى السراج عن رجلين اقتسما دارا وماتا وترك كل واحد إبنا، ثم إن أحد الإبنين بنى في حظه بنيانا يتكشف منه على صاحبه، فمنعه من ذلك، فقال له: عندي رسم بأن والدك تحمَّل بذلك لوالدي، فهل له أن يفعل ذلك أو حيثُ ثبت ضرر التكشف فيُمنعُ.

فأجاب : ليس له إحداث ضرر التكشف، والله الموفق.

وسئل الإمام القَوري عمَن بنى دارا وفتح بابها لناحية أرض رجل تجاوره بحيث تكون طريقه في أرض غيره، فعاق عليه صاحب الأرض وقد اجتاز على أرضه مدة من سنة، وصاحب الأرض لم يرض بذلك.

ص 132

فأجاب : لا يجوز لأحد أن يفتح باب داره في أرض غيره إلا بإذنه ورضاه، فإن فعل وسلكها المدة المذكورة فله أخذه بما تستحق من الكراء على حسب ما يقوله أهل المعرفة في ذلك، والله أعلم.

وسئل ابن عرضون عن الطريق الواسعة التي يمر الناس عليها بأشباك الزرع والكتان والأحمال، هل لها حَدٌّ معلوم مُقَدَّرٌ أم لا؟.

فأجاب : وقع تحديد الطريق بالسبعة الأذرع، هذا ما حضر في الوقت، والسلام.

وسئل أبو القاسم بن خجُّو هل لمن جاور المسجد أن يُحدث طريقا في حبس المسجد أم لا.

فأجاب: إن من أحدث طريقا في ملك الغير بغير إذنه أو أرض الحبس افتياتا منه فالواجب أن يحكم عليه باصلاح ما أفسد من ذلك مع الأدب على التعدي، ومن مسائل الضرر ما يشهد لصحة ما قلناه(هـ).

فــرع: إذا أخذ أحد من الطريق ببناء أو غرس واستغله فحكم عليه بهدم بنائه وإزالة غرسه، هل يجب عليه رد الغلة أم لا؟.

سئل عن ذلك ابن أبي الدنيا.

فأجاب: ما أضر بالمارين فلا خلاف في هدمه وزواله حتى لا يبقى له رسم، وغلَّتُهُ مردودة لا تحلُّ للمغتل، وتُصْرَفُ للفقراء، ولا تنفع الحيازةُ على العامة ومن ليس له ملك معلوم. **وأما ما لا يضر، والطريق واسع، فاختلف هل يمنع أو يباح، وقد هدم عُمَرُ كير الحداد وقال: تُضَيقُونَ على الناس الطريق؛ وقال مطرِّف: يمنع ولو كان مثل البيداء، وهو الصواب**، وإنما يكون الفناء للمقاعد للبيع والحاجة، وعن بعض أهل العلم: إن طال جلُوسُه لبيع فيه أزيل منه، وأما ملكه فليس لأحد، ولا يبينه، والطريق كالمسجد، ومن جلس فهو أحق، ومن قام سقط حقه؛ **وفي النوادر: الاختلافُ في الضرر هل يُملَك أم لا؟**، وعن أصبغ: لا يملك، وإن فُعِل لم يُهدم، والصواب المنع والهدم ولو كان أوسع من البيداء.(هـ) من المعيار، لاكن لابن رشد خلافه.

فقد كتب إليه أبو الفضل عياض يسأله عن رجل أدخل طريقا من طرف المسلمين في جنته وحازها وغرسها؛ وقطع المرور فيها، واغتلها مدة، ثم بعد ذلك قامت فيها البينة، وحيزت، ولزم إخراجُها للمسلمين، ماذا يلزمه في ذلك؟، وماذا ترى فيما اغتلَّه مما غرسه فيها وفي شهادته؟، وأين مَن قطع الطريق بالكلية ممن أخذ بعضها؟، وفي علمك ما ورد في هذا، وعن ترك

الشهود القيام به إلى الآن؟، وما رأيك في ذلك، واختيارك من الأقوال ؟، لاسيما إن كان فاعل ذلك ممن يُخاف، أو الشهود ممن لا يعلم أن القيام يَلزمهم.

ص 133 **فأجاب** : ويلزم الذي اقتطع المحجَّة وأدخلها في جناته، وقطع منافع المسلمين في المرور عليها وهو عالم بذلك غيرُ جاهل به، مُستَخِفٌّ بارتكاب المحظور فيه ـالأدبُ على ذلك مع طرح الشهادة، ولا يجب عليه فيما اغتله مما اغترسه شيء يحكم به عليه، إذ ليس الطريق لمعين فيحكم له بحقه فيما اغتل منه على ما في علمك من الاختلاف في ذلك، وإنما هو حق لجماعة المسلمين في المرور عليها، هو أحدُهم، وقد قيل على علمك في الحُبُس الموضوع للغلَّة، إذا انفرد باستغلاله بعض المحبَّس عليهم دون سائرهم: إنهم إنما يُقضَى لهم بحقوقهم فيما يُستقبل لا فيما مضى، فكيف بالطريق التي ليست موضوعة للغلة وقد باء في ذلك بالإثم، فإن ندم على فعله واستغفر الله منه وتاب من ذلك بقيت عليه التباعة لمن منعه المرور على الطريق التي اقتطعها وأدخلها في جناته يُنقص له بها يوم القيامة من حسناته، فيستحب له أن يتصدق بفعل الخير رجاء أن يكون كفارة له، ولا تبطُل شهادة الشاهد في الطريق بترك القيام بشهادته فيه مدة، هذا الذي أختاره مما قيل في ذلك، إذ قد يكون له في ترك القيام بشهادته إذا لم يُدْعَ إليها عذرٌ أو تأويل يُعذر به، وبالله التوفيق. (هـ).

ونقله في المعيار أيضا بعد جواب ابن أبي الدنيا، فتحصَّل أنهما قولان، قاله الشيخ الرهوني.

وسئل أبو عبد الله سيدي محمد بن عبد القادر بن شعيب عن رجل أطلق نارا في زبير له المسمى بافرس في يوم شديد الحر كثير الأرياح، فعَدَت النَارُ وأحرقت كل ما والاها من نخل وزرع وغير ذلك، فقام عليه أرباب الأموال

المحترقة، فادعى بأن العرف عندهم أن من له زبير يُحرقه متى شاء أو متى تأتّى له، ومن احترق له شيء فأجره على الله.

فأجاب : **اليوم العاصف لا يُؤمَن فيه من إرسال النار**، ومن أرسل نارا في يوم عاصف فعليه الضمان فيما أحرقت، ولا عبرة بعرفه المذكور، والله سبحانه أعلم(هـ).

وسئل بعضهم عمَّن خبأ ثيابا له ومتاعًا في فدَّان رجل كان مشعرا، فأقبل صاحب الفدَّان وأحرق شعر فدانه فاحترقت الثياب ولم يعلم، أيجب عليه ضمان ما أحرق أم لا؟.

فأجاب : **إذا لم يعلم فلا ضمان عليه(هـ).**

وأجبت عن مسألة بما نصه :

الحمد لله ؛ حيث ثبت بأرباب البصر أن الحانوت أعلاه مُحْدَثة، وأنها قُبالةُ باب المصرية وأن فيها ضررا على أرباب المصرية فلا إشكال في وجوب إغلاقها فورا، لأن رفع الضرر واجب من غير تأخير كما قال في التحفة

ومُحْدِثٌ ما فيه للجار ضررْ * محقَّقٌ يُمنع من غير نظرْ.

ص 134

أى من غير تأخير. وفي المختصَر عطفا على ما يُقْضى بزواله : « واصطبل وحانوت قُبالةَ باب »(12). الزرقاني : ولو بسكة نافذة على ما صوَّبه بعضهم، فليس كباب بسكَّة نفذت، لأنه أشد ضررا لتكرر الوارد عليه. **بناني على قوله** : (ولو بسكة نافذة) الخ : هذا خلاف ما لابن غازي من التقييد بالسكة الغير النافذة. بناء على التسوية بين الحانوت والباب.

قال الحطاب : وهو الذي حكاه ابن رشد في كتاب السلطان، وأفتى به ابن عرفة، لاكن نقل البرزلي عن المازري أن بعض القرويين قال : إن

(12) وذلك في أواخر باب الشركة :
أي، ويُقضى ويُحكم بمنع إحداث اصطبل أو حانوت مُعَد لإدامة الجلوس به كبيع أو صنعة أو شهادة، قُبالة باب لدار الخ.
والإصطبل : كلمة أعجمية معربة، معناها بيت الخيل ونحوها من الدواب.

الحانوت أشدُّ ضررا من الباب لكثرة ملازمة الجلوس به، وأنه يمنع بكل حال، **قال البرزلي**: **وهو الصواب**؛ نقله الحطاب، وعليه جرى الزرقاني في إطلاقه هنا، والله أعلم.

الرهوني: **قلت**: **ما صوَّبه البرزلي هو الظاهر**. **وقال في المعيار**:

وأما الحوانيت فكشْفها أعظم وأكثرُ، وعُمْدَةُ ضررها من غير وجه واحد أبْيَنُ وأظهر. وإذا منعنا من فتح باب الديار كانت الحوانيت أحرى لوجوه يكثر تعدادها .(هـ). **وبهذا أفتى جماعة من فقهاء قرطبة حين سئلوا عن المسألة بعينها كما في المعيار**، **فذكر نصوصهم**، **ثم قال**: وفيه أي **المعيار** أن القاضي ابن عبد الرفيع حكم بمنع إحداث الحوانيت قبالة دار، وأنه لابد من التنكيب.

وبذلك كله تعلم أن ما صوبه البرزلي هو الصواب، والله أعلم(هـ) وفي هذه النصوص كفاية لما قلناه من تعيين غلق الحانوت المذكورة سرعة، والله أعلم، قاله وكتبه المهدي الوزاني لطف الله به.

وسئلت عن دار بين شركاء وفيها فُرجتان من دار أخرى متصلة بها وهي مشتركة بينهم أيضا، والفرجتان يشرف منهما على الدار الثانية، فأراد بعض الشركاء شدهما لكون الدار التي يشرفان عليها صارت بحيث لا تُسْكَن من أجلهما، إذ كل من سكن فيها يتكشف عليه منهما، وأثبت هذا البعض الذي أراد شدهما بأرباب البصر أنَّ بقاءهما كذلك من الضرر، وأنها لا ينتفع بها بالسكنى إلا بعد شدهما، وله في الدارين معا جُلُّهُمَا، سيما الدارُ الثانية التي يُشرفان عليها كادت أن تصير كلها على ملكه، وأبى البعض الباقي من الشركاء أن يشدهما، محتجا بقدمهما مع أنه إنما يملك جزءا تافها في الدار التي يشرفان عليها، فهل القول لمن أراد رفع هذا الضرر أو لمن أبى وأراد بقاءه؟

فأجبت: **الحمد لله**؛ حيث ثبت أن الفرجتين ضرر، وأنه لا ينتفع بتلك الدار إلا بعد شدهما، فلا إشكال في أن القول لمن طلب شدهما من

ص 135 الشركاء ولو كانتا موجودتين وقت شرائه، لأنه إنما دفع ماله لينتفع بسكنى تلك الدار إما بنفسه أو بالكراء، فحيث تعذر الانتفاع المقصودُ من شرائها كلية إلا بغلقهما فيُغلقان ليتمكن من المنفعة المشتراة، وإلا كان من أكل أموال الناس بالباطل، لكون المشتري دفع الثمن ولم ينتفع بالمثمن.

قال القلشاني: **الأغلب** من حال من يشتري أنه إنما يقصد الانتفاع بما اشتراه الخ؛ ولا يعارِض هذا ما تقرر من أن القديم لا يُغيَّر عن حاله وإن أضر، لأن هذا بالنسبة لمن لا ملك له كالجار، والكلام هنا في الشريك وهو أقوى من الجار، لأن له التصرف في الملك بإزالة الضرر ورفعه، لاسيما إن اقتضته المصلحة كما هنا، وبالبيع إن أراده، وبالقسمة وغير ذلك دون الجار، فليس له شيء من ذلك، بل لو فرضنا أن الطالب لرفع هذا الضرر هنا لم تكن له شركة أصلا وإنما كان جارا فقط لكان اللائق بأهل المروءة مساعدته على ما طلب من زواله، **ولذا قال ابن فرحون** : **في وثائق ابن الهندي**: إذا كان للرجل كُوةٌ قديمة يُشرف منها على جاره فلا قيام للجار فيها، ويجب في التحفظ بالدين أن يتطوع بغلقها من جهة الاطلاع على العورات، وأن يكون التحفظ بالدين أوْكَدَ من حكم السلطان(هـ).

وقال ابن سلمون أيضا : **ومن وجوه الضرر التكشف، فمَن أحدث على أحد طاقا** أو كُوة أو بابا **فتكَشَّف عليه منه مُنع من ذلك**، فإن كان ذلك قديما لم يعرض له، ويجب عليه في التحفظ بالدين أن يتطوع بغلقها من جهة الاطلاع على العورات التي لا تحل. **وحكى ابن يونس قولا عن بعض الشيوخ أنه يجب غلقها وإن كانت قديمة**، لأن ذلك حق لله تعالى، ولا يحل التكشف على حال، وأما المحدَث من ذلك فيجب سده اتفاقا.(هـ).

ابن يونس: رأيت بعض فقهائنا يفتي ويستحسن أنها تُشد وإن كانت قديمة، وأن ذلك حق لله لا يحل الكشف على أحد. **قال القلشاني**: وسمعت شيخنا الغبريني يحكي أن ابن عرفة أفتى بهذا، وبأن الكوة القديمة

تُشد ، **قال** : لأن المحكوم عليه كان سيِّئَ الحال،(هـ) . والله أعلم، قاله وكتبه المهدي لطف الله به .

وسئلت عمن له طراز فوق بيت من دار وهو مستو بالأرض أراد أن يبدله بثلاثة حوانيت ، فمنعه صاحب البيت ، مدعيا أن الحوانيت أضرُّ من الطراز، فشهدت بينة بأنها أخف من الطراز، وشهِدت بينة أخرى أن الحوانيت أثقلُ منه وأنه يحدث الفار بها .

ص 136 **فأجبت : الحمد لله ؛ من المعلوم المقرَّر أن بينة الضرر مقدَّمة عند التعارض كما قال في التحفة :**

وقولُ مَن يُثْبِتُهُ مقدَّمُ * على مقال مَن بنفي يَحكُمُ

لاكن هنا حيثُ بيَّن شاهدَا الضرر وجهه بثقل الحوانيت المحدثة أكثر من الطراز وبحدوث الفار، وكشف الغيبُ أن كلا الأمرين الموجَّه بهما غيرُ مطابق للواقع كانت بينة الضرر هنا كالعدم، وصارت بينة نفيه كأنها لا معارض لها أصلا ، فيُحْكم بها لصحتها، وتُلغَى الأخرى لبطلانها، وذلك أن المعروف عند الناس أن الطراز أثقلُ من الحوانيت وأكثرُ ضررا منها، لما في نسج الحاكة من ضرر الجدرات بسبب كثرة الحركة والاهتزاز واجتماع الأرذال فيه، وكثرة الداخلين فيه والخارجين منه،والمبيت فيه ليلا وما أشبه ذلك، ولذلك تمالأ الناسُ من فاس وزرهون على الشهادة بأن الحوانيت أخف من الطراز، هذا هو المعروف عند الناس، وقد نصوا على رد الشهادة بمخالفة العادة كما هنا. **وأما شهادتهما بحدوث الفار بسبب الحوانيت الخ فمردودة أيضا** بأن الفار ليس من الضرر، ولوجوده بالديار والطرازات أيضا، وبأنه يمكن دفعه وإزالته كما لا يخفى، والله أعلم. قاله وكتبه المهدي الوزاني لطف الله به .

نوازل الغصب والتعدي[1]

ص 136

سئل سيدي علي بن هارون عمن تشكَّى إلى المخزن بالسارق والغاصب ونحوِهما، فيأخذهم المخزن بأكثر مما عليهم، ماذا يلزم هذا المشتكي؟.

فأجاب بأن المظلوم إذا تشكى عن ظلمه فلا يلزمه شيء، والله أعلم(هـ).

وسئل العلامة المحقق السجلماسي عما يظهر من الجواب، ونصُّه :

الحمد لله ؛ ما أجاب به المجيبُ أعلاه من أن للمدعى عليه المظلوم الرجوعَ على الشاكي به ظلما صحيحٌ.

ففي المعيار: سئل ابن سراج عمن اشتكى به رجل إلى قائد موضعه بالباطل فأغرم القائدُ المشتكى به جُعْلاً ثقيلا وهو يريد أن يأخذ جُعْلَهُ من الذي اشتكى به بالحكم الشرعي لكونه تَسَبب في إتلاف ماله؛ **فهل له ذلك** أم لا؟.

فأجاب : إن ثبت أن الرجل شكا الرجل لإضرار القائد وأغرمه بسبب ذلك، ولولا شكواه ما أغرمه القائد، فيغرم ما أغرمه له القائد؛ لأنه ظالم له ومتعد، هذا هو الصحيح عندي مما قيل في المسألة.(هـ) بخ.

ص 137

وسئل أيضا عن رجل كان له حقٌّ قِبَلَ آخر فدعاه إلى حاكم البلد فأخذ منه دراهم، هل له رجوع فيما أخذه منه الحاكم على الذي دعاه إليه أم لا؟.

فأجاب : **الحمد لله** ؛ نقل القاضي أبو زكرياء في دُرره المكنونة أن الشيخ أبا الفضل العقباني **سئل عن رجل** رفع خصمه لحاكم يتعدى في أموال

(1) أشار الشيخ خليل رحمه الله في مختصره إلى باب الغَصْب بقوله: «الغصب أخذ مال قهْرا تعديا بلا حرابة» وأُدِّب (غاصب) مميز، كمدعيه على صالح، وفي المجهول (حالُه المدَّعى عليه) قولان.. إلخ.

الناس، فنال الخصمَ بسببه غرمٌ، فهل يرجع بذلك على الذي رفعه إليه أم لا؟، ورافعه يدعي أن له حقا قبل الخصم، فما الحكم في ذلك؟.

فأجاب : الشاكي إلى الظالم مستحق بغرم ما غرمه المشكُوُّ به.

وأجاب ابن مرزوق : إذا كان المشكو به يمتثل أمر الشرع وينقاد إليه إذا دُعِي إلى ذلك فعلى الذي دعاه غرمُ ما أُخِذَ منه، وإذا كان لا يمتثل أمر الشرع ولا ينقاد إليه فلا غرم على داعيه(هـ).

تنبيه : قال الرهوني – بعد أن نقل عن المواق أن فتيا الأشياخ عندنا أن الشاكي لجائر يغرم للمشكو به ما غرم الخ –؛ وبه أفتى الإمام العبدوسي قائلا: بهذا القضاءُ، وعليه العمل الخ، وبه أفتى ابن سراج قائلا: هو الصحيح عندي الخ، وكذا سيدي مصباح، **ونصُّه**: الذي جرت به فتيا شيوخنا رجوعُهُ، والله ولي التوفيق(هـ)، وبه أفتى شيخنا الجَنَوي وغيره ممن أدركنا من الشيوخ الخ– **ما نصه** : على ما جرى به العمل، إذا ثبت الدفعُ للظالم وقدْرُ ما دفعه ببينة أو بإقرار الشاكي فلا إشكال، وإن لم يثبت ذلك وادَّعى المشكو به أنه دفع كذا، فهل القول قوله مع يمينه إذا ادعى ما يُشبه أم لا؟، بالأول أفتى سيدي مصباح، وبه أفتى شيخنا الجنَوي، **ونصُّ فتواه**: وإذا قُبض عند المخزن وادعى أن المخزن أغرمه وأُنكر في ذلك، وجرى العرف أنه لا يُطلق إلا بمال، فإن القول قوله مع يمينه كما في جواب سيدي مصباح(هـ).

وهو كذلك في الجواب المشار إليه، **ونصُّه**: إذا تقرر العرفُ في ولاة الظلم وأجنادهم بغرم المال ممن أخذوه ظلْما وقضَوا عليه كان القول قول المأخوذ منه فيما غرم من المال إن نازعه في ذلك الآخذُ له، ويحلف المأخوذ منه، لأن العرف شاهد لمدعيه، ويقُومُ في ذلك مقام الشاهد الناطق على ما وقع في أكثر المواضع، ويجب رجوع الغارم المأخوذ منه المالُ على الظالم إن

قدر على التخلص منه، وإن لم يقدر على التخلص منه ففي رجوعه على الشاكي به إلى الظالم اختلاف بين المتأخرين، والذي جرت به فتوى شيوخنا رجوعُه، والله ولي التوفيق(هـ).

ص 138 **لكنه خلاف ما أجاب به أبو الحسن، وسلَّمه ابن هلال في الدر النثير، ونصُّه**: قيل له: كم يغرم، هل كلَّ ما ادعاه؟، فقال: حتى يَثْبُت بالبينة، إنتهى. وأغفله أبو علي وغيره، ولاكن الظاهر ما قاله سيدي مصباح وسلَّمه الونشريسي وأبو علي وشيخنا الجنوي معتمدا عليه في فتواه، **لأن ما ذكره من أن العرف كالشاهد الناطق لا نعلم فيه خلافا في المذهب**، إنما الخلاف هل هو كشاهد واحد فلابد من اليمين معه، وهو المشهور المعمول به، أو كشاهدين فلا يمين معه، والله أعلم. إنتهى كلامُ الرهوني.

قلت: قد يقال: لا مخالفة بين كلام أبي الحسن وغيره، لأنه إنما سئل عن غرم كل ما يقوله المشكو به فقال: لا يلزمه غرم الكل حتى يثبت بالبينة، وهذا لا ينافي أنه يَغْرَمُ ما جرى به العرف مثلا لو ادعى أنه غرم مائة، والعرف شاهد بأنه بأنما غرم خمسين، لأن عادة هذا الجائر أنه إنما يُغَرِّم خمسين فقط فلا يلزمُ الشاكيَ إلا الخمسون، ولابد من البينة على المائة، تأمله، والله أعلم.

وسئل سيدي أبو القاسم بن خجو عن أرض فر عنها أربابها من ظلم المخزن، فدفعها الوالي لأناس، ما الحكم في ذلك؟.

فأجاب: حُكْم آخذي ذلك من الوالي الموصوف حكْمُ الغاصب، فيُلْزَمُون بالغلة إن استغلوا، وليس لهم إلا قيمةُ عملهم مطروحا مقلوعا بعد طرح أُجرة من يقلع ذلك منها فيما عملوا، أو الحيازةُ مع الحالة الموصوفة تكفي الحائز عن غيرها إن بلغ أمدَهَا أمَدَ الحيازة المعتبرة، والله سبحانه أعلم.(هـ).

وسئل ابن رشد عن الدار يغصبها السلطان، أو الأرض، فيعطيها رجلا يسْكُنها أو يحرثها، والساكنُ وحارث الأرض مع ذلك يستحِلُّ صاحبَ الأرض والدار، فقال: يعطيه إياه ويجعله في حل دون أن يأخذ منه شيئا، أو يعطي ذلك لورثته إن كان المغصوب منه قد مات، هل ترى ذلك جائز أم لا؟.

فأجاب : لا يحل لأحد أن يفعل ذلك ولا يجوز له، فإن فعل ذلك ثم أرضى صاحب ذلك أو تحلّله فحلّله بنفس طيبة برئ من تباعته في الدنيا والآخرة ومِن الإثم إذا استغفر ربه من ذلك وتاب، لأنه عاص لله عن وجل في سكنى الدار وحرث الأرض قبل أن يأذن له رب الأرض في ذلك، لأنه إذا عَلِمَ بالغصب فسكَن أو زرَع فهو بمنزلة الغاصب، وبالله التوفيق(هـ).

وسئل بعض الفقهاء عمن كانت بيده أرض على وجه العارية أو ما أشبه ذلك، ثم ادّعى أنه اشتراها من ربها وأنكر ربها ذلك، وتنازعا في ذلك مدة إلى أن تبين كذبه في دعواه،

فهل تلزمه الغلة طول مدة النزاع أم لا؟.

فأجاب : الغلة لازمة للجاحد، بخلاف الاستحقاق، إذ الجاحد غاصب، والمستحَقُّ منه معذور، فاعلمه والله سبحانه أعلم(هـ). ص 139

وسُئِلَ سيدي أحمد البعل عن رجل كان مع أخوات له على عولة، وأملاكُهم بينهم على الإشاعة، وكان في بعض الأحيان تترتب عليه جنايات من قتل أو غيره، فيُغْرِمُهُ المخزن على ذلك مالا، فيؤدي ذلك مما بيده مشتركا بينه وبين أخواته، فهل يضمن شيئا لأخواته فيما فوّته عليهن من حقوقهن فيما دفعه للمخزن أم لا؟.

فأجاب : كل ذلك في ذمته، وهو ضامن له إذا كان يباشر ذلك بيده، وإن كان المخزن هو الذي كان يباشر أخذ ماله قهرا وغلبة فلا شيء عليه ولا ضمان(هـ).

قلت : **وفيه نظر، بل الضمان عليه مطلقا**، لأنه إن باشر بيده فلا إشكال، وإن لم يباشر بيده فهو المتسبب، ولولاه لم يأخذ المخزن ذلك المتاع، وحيث كان هو السبب في أخذه فالضمان متعين عليه، والله أعلم.

وسئل سيدي ابراهيم بن هلال عن بهيمة غُصِبت فتناسل منها كثير، هل ذلك كله لربها أم لا؟

فأجاب : **ذلك كله لربها**، وكذلك البهيمة إذا سُرِقت فجميعُ ما تناسل منها فهو لربها(هـ).

وسئل سيدي أبو القاسم بن خجو عن رجل ضرب بقرة لامرأة بحجر في رجلها وصارت تَعْرَجُ من ذلك، فزعمت المرأة أنها تأخذ مثل بقرتها من الجاني، وزعم هو أنه إنما تجب عليه قيمة العيب فقط، وأردنا منكم بيان ما يجب في ذلك؟.

فأجاب : لا يخلو حال الضارب للبقرة الموصوفة من وجهين:
أحدهما: أن يكون سائقا لها سَوْقَ الإذن.
الثاني : أن يكون متعديا في السَّوق.

فإن كان سائقا سَوق الإذن وضربها ضربَ السَّوق الذي لا ينفك عنه السائق فلا ضمان عليه، وإن كان متعديا في السًّوق أو في الضرب بحيث يكون سَوقه بلا إذن ومتعديا في الضرب بحيث يكون ضربه يزيد على ضرب السوق فهو ضامنٌ لما نقص ضربُهُ من قيمة البقرة حيث كانت سالمة، وعلاجُها على ربها، وليس له سوى ما نقص من قيمتها سليمة، والله سبحانه أعلم.

وسئل القاضي أبو سالم الجلالي، **فأجاب** : ما أفتى به الشيخ خليل رحمه الله — من قوله «والأحسنُ في المفدي من لص أخذُه بالفداء»[2]— هو

(2) وذلك في أواخر باب الجهاد وأحكامه، الذي بدأه بقوله: باب، الجهاد في أهم جهة كلَّ سنة وإن خاف (المجاهدُ) محاربا، كزيارة الكعبة، فرضُ كفاية، — ولو مع والٍ جائر —، على كل حر ذكر مكلف قادر، كالقيام بعلوم الشرع والفتوى ودفع الضرر عن المسلمين..»الخ. =

المشهور، والمستحسن له ابنُ عبد السلام، وصححه ابن يونس، وعليه فلا يأخذ ربُّ الثور ثوره إلا بدفع ما دفع فيه الجائي به، والمسألة مشهورة أشهرُ من نار على عَلَم(هـ).

ص 140 **وأجاب سيدي العربي الفاسي**: إن كان الأمرُ كما ذكر فلمالك الثَّوْرِ أخذُه بلا ثمن لما أبداه من الحُجَجِ كما في السؤال، فإن الذي صَدَرت به فتيا المشائخ فيمن فدَى لرجل ما كان يمكنه التوصل إليه من غير فدائه أنه لا شيء له، ولربه أخذه دون إعطاء ما فدى به، فقد تكررت بذلك فتياهم، ولم نقف لهم في ذلك على خلاف.

ومسألة المفديّ من الّلص مُصَوَّرةٌ بكون المفديٍّ له لا يمكنه التوصل إلى ملكه، والفادي له وجاهة، وقد إفتكه بنية الفداء لا التملك، فحينئذ في المَسألة قولان؛ حكاهما ابن بشير غير مَعْزُوَيْن، واختصَر ذلك ابنُ الحاجب. واستحسن ابن عبد السلام أخذه الفداءَ رعيا للكلي الحاجي. **وقال ابن راشد**: أخذُه بغير فداء أقيسُ، ولاشك أنه أُجْرِيَ على أصول المذهب فيمن أعطى عن إنسان ما لا يلزمه شرعا.

وما ذكرتموه من تصحيح ابن يونس وَهَمٌ، فإن ابن يونس لم يحفظ له الشيخ قولا في المسألة، وهو الحافظ الثقة. **قال في التوضيح**: ذكر القولين ابنُ بشير، ولم أرهُما معزوَّيْنِ.

وقولكم: (إن المسألة أشهرُ من نار على علم)، إن كان مرادكم في الجملة فربما كانت كذلك، غير أنه لا فائدة في وصفها بذلك، وإن كان مرادكم أحد القولين كما يدل عليه سياق كلامكم فالضرورة قاضية بأنه ليس

=ومعنى العبارة هنا : والأحسن عند ابن عبد السلام في المال المفدي من لص أو محارب أو غاصب ونحوهم من كل آخذ مالا بغير رضى صاحبه أخذُ الشيء المفدي من فاديه بمثل الثمن والفداء الذي فداه به إن لم يمكن خلاصه بدونه ولم يفْده ليتملكه، وإلا أخذ منه مجانا، أو بما يتوقف خلاصه عليه إن فداه بأكثر منه.. الخ.

كذلك، فإن النار على العلَم من قبيل الضروريات لمشاهدها، والضروريات لا يختلف فيها العقلاء، وقد قلتم: إن هذا أشهرُ من ذلك، فكيف يصح وجود الخلاف فيه من الأئمة الأعلام أهل العقول الثاقبة والأنظار المصيبة؟! والله يلهمنا رشدنا، ويجعل فيما يرضيه قصدنا(هـ).

قال الزياتي : وسألت خالنا الإمام سيدي العربي الفاسي عما تفعله القبائل عند صلحهم بإثر الفتن الواقعة بينهم من اشتراط ترك القيام بالأموال المنهوبة أيام الفتنة، هل ذلك جائز ويطيب به المال المنتهَبُ لمن بقي بيده أم لا؟.

فقال لي : **لا يجوز ذلك**، ولا يطيب به ذلك المال لمن هو بيده.

فقلت له : إنهم يفعلون ذلك مخافة قيام الفتنة وإحيائها، فقال لي: إن كان ولابد وخافُوا من رجوع الفتن واشتعالها فيدفعُوا لأرباب المال المنتهَب قيمة ما انتُهب لهم من بيت المال، إذ لا تخلُو قبيلة من القبائل من وجود بيت المال فيها.

فسألته رضي الله عنه عن بيت المال ما هو، فقال لي : هو ما عدا الزكاة من الجزية، ومالُ من لا وارث له، والفيْءُ وأخماسُ الغنائم وأعشَارُ تجار الحربيين ونحوِها، وأما الزكاة فلا مدخل لها في ذلك(هـ).

ص 141 **وسئل أيضا عن العِجل الحرام يكون في المنزل ولا يقدر على كفه عن البهائم**، هل فيه رخصة أم لا؟.

فأجاب : لا ينبغي تركه بين البهائم الحلال، فإن تُرِك وتحقَّق نزْوُهُ على بهيمة وجب على ربها إعطاءُ أجر نزوِه... الخ.

وسئل أيضا هل يجوز إنزاءُ ابنِ الفرس وأخيها عليها أم لا؟.

فأجاب : يجوز إنزاء الولد على أمه وعلى أخته(هـ).

وسئل بعض الأئمة على أرض كانت لفرقتين من الناس على المناصفة، فغصَب والي البلد إحدى الفرقتين في نصيبهم منها، ثم إن الفرقة الأخرى أذِنوا لرجل أجنبي أن يصنع رحى بالأرض المذكورة فصنعها وكانت تَطْحَنُ وهو عالم بغصب الوالي لشركائهم، فما حكم الله في ذلك ؟

فأجاب : الجزء المشاع لا يمتاز، وما غُصِب فعلى الجميع، وما بقي فبيْن الجميع، ولهم إخراج الساكن والرجوع عليه بالغلة إذا علم بالغصب، والله أعلم.

وسئل أيضا عمن له أرض ورثها من والده، غصبها منه قائد البلد، ومكَّنها لمحافظ له يحرثها ويستغلها مدة من السنين، وربُّها حاضر عاجز عن القيام خوفا من القائد المذكور، والآن قد تمكن من أرضه واتصل بها فطلب من المحافظ المذكور الغلة مدة الغصب، فزعم أن لا غلة عليه لكونه أعطاها له القائد المذكور مع أنه عالم بالغصب.

فأجاب : المحافِظ المذكور يغرم الغلَّة لكونه عالما بالغصب، والعالِمُ به يتنزَّل منزلة الغاصب، والله أعلم(هـ).

وسئل المفتي أبو عبد الله سيدي محمد الهواري عن رجل سُرِقت له أمة من حرز، وبعد أيام عرَّفه رجل من بلدٍ لا تناله فيه أحكام شرعية ولا عادية أنه اشتراها من سارقها بمائة أوقية، فإن كان لك غرض فلتأت بما دفعتُ لسارقها وتأخذُها، ولما قدم احتال ما أمكنه في فكاكها دون ما طلبه به فلم يمكن إلا بدفعه كاملا، ثم إنه رجع على سارقها بذلك لتمكُّنه منه فأقر له بثلاثين أوقية وأنكر باقي المائة. فحكم عليه حاكمٌ حَكَّماه في نازلتها بغُرم جميع ما خسره بسببه، فأعطاه ما أقر بقبضه وأخَّره بما عداه لأجل معلوم، ثم إنه لما حل الأجل أتى بفتيا قاض من قضاة الوقت تقتضي عدم مؤاخذته بغير عين الشيء المسروق، وذكر أنها فتيا الحافظ سيدي أحمد الونشريسي رحمه الله

في معياره، واستغْرَبْناها، إذ لو كان قائمَ العين الآن لأجاب بضمانه، حملا على الظالم وزجرا له، لاسيما في هذا الزمان الذي قل فيه الخير وأهله، ولأنَّ التسبب جار مجرى الغصب.

ص 142 **فأجاب** : إن كان الأمر كما ذكر وثبت أن المدعى عليه بالسرقة سَرقها؛ إما ببينة تشهد بذلك أو بإقراره، فيلزَمُهُ كلُّ ما أعطاه ربها في استخلاصها من الموضع الذي لا تناله الأحكام، ما لم يجاوز ما أعطاه ربها قيمتها، فإن جاوزَ ما أعطاه قيمتها فحينئذ لا يلزمه مما غرم إلا قيمتُها.

وفي مثل هذه بعينها أفتى أبو الفضل العقباني بلزوم الغرم في كل ما أعطاه رب الأمة خسارة في استخلاصها مِن يد من هي به ببلد لا تناله الأحكام، ما لم يجاوز قيمتها فليس على المتسبب في ذلك إلا قيمتُها الخ، أُنظُرْه.

وسئل سيدي أبو القاسم ابن خجو عن رجل نزل في أرض براح وغرسَها، ثم قام عليه مالك الأرض، فادعى الغارس أن له الثلثَ في ذلك لجريان العرف عندهم به، وزعم مالك الأرض أن لا شيء له، لأنه نزل فيها بغير إذنه وموافقته، وهل له أجرة في ذلك أم لا؟.

فأجاب : إذا أقر الغارس أنه غرس بغير إذن رب الأرض، فإن كانت له شبهة في ذلك كان له أجر مثله، وإن كان غاصبا فلا أجرة له، ويومَر بقلع غرسه، وإن شاء ربُّ الأرض أعطاه قيمة ذلك مقلوعا، ولا يحكم العرف على المالك في ذلك، لقوله ﷺ : «لا يحل مالُ امرئٍ مسلم إلا عن طيب نفس»، والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

وسئل أبو عبد الله سيدي محمد بن عرضون عن رجل تخاصم مع آخر بين يدي قاض، فسَبَّ القاضي وفر هاربا، فأقام القاضي بينة بسبه له، وشكا إلى قائد البلد، فأخذ قائد البلد والد الساب وسجنه أياما، وأخذ له فرسا

على وجه الغرم الملقب بالخطأ لسب ولده القاضي، ثم توفي الوالد وترك أولادا محاجير غير الساب، فقام هؤلاء المحاجير على أخيهم في الفرس مدعين أنه إنما أخذه من والدهم بسببه، فهل لهم ذلك أم لا ؟

فأجاب : سَجْنُ القائد لوالد الساب له ظلمٌ يستغفر الله منه، إذ لا يواخَذُ الأبُ بجناية ولده، لقوله تعالى : ﴿ **ولا تزر وازرة وزر أخرى** ﴾[3]، ولا يلزم الولد غرمُ الفرس الذي أخذه القائد لأنه مَظْلَمة، فمصيبتها ممن نزلت به أُخذت بغير وجه شرعي، والله سبحانه أعلم(هـ) .

وسئلت عمن ادَّعى على جماعة من أهل سوس بفاس أن العادة عندهم أن من أخذ من أموال الناس شيئا وهرب به يؤديه عنه قرابته، وأن واحدا منهم كان أخذ من قاعَتَيْ السمن والزيت نحو مائة ريال ونصف وهرب، فقبض المخزن هذا المدعي حتى أدَّى تلك العدة عنه، فيطلُب منهم أداء ما أداه عنه بالمخزن لكونهم من قرابته، وأثبت العادة المذكورة باللفيف، فهل يعطى ما أداه عنه بالمخزن أم لا؟.

ص 143

فأجبت : الحمد لله ؛ الشهادة بأن العرف عندهم أن من أخذ شيئا وهرب به يؤاخَذُ به قرابته الخ لا توجب الغُرمَ على قرابته، لأن العرف المذكور غير مُعْتَدٍّ به شرعا، لأنه كان من أمر الجاهلية، وجاءت الشريعة المطهَّرة بإبطاله . **ففي جواب للشيخ العارف سيدي عبد القادر الفاسي ما نصه** : وأما أخذ الرفقة الثانية وحبْسُها فيما فعله قاتل العمد فهو من التعدي وأخذ البرئ بذنب غيره، وقد قال تعالى : ﴿ **ولا تزر وازرة وزر أخرى** ﴾ .

---

(3) سورة الإسراء، الآية 15، والآية بتمامها : ﴿ من اهتدى فإنما يهتدي لنفسه، ومن ضل فإنما يضل عليها، ولا تزر وازرة وزر أخرى، وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا ﴾ .
وفي سورة فاطر : 18 ﴿ولا تزر وازرة وزر أخرى وإن تدع مثقلة إلى حملها لا يحمل منه شيء ولو كان ذا قربى، إنما تنذر الذين يخشون ربهم بالغيب وأقاموا الصلاة، ومن تزكى فإنما يتزكى لنفسه، وإلى الله المصير﴾. وفي سورة النجم : ﴿ ألاَّ تز وازرة وزر أخرى، وأن ليس للإنسان إلا ما سعى، وأن سعيه سوف يُرى، ثم يُجزاه الجزاء الأوفى، وأن إلى ربك المنتهى ﴾ . الآيات : 39–42 .

وفي صحيح البخاري عن النبي ﷺ : « أَبْغَضُ الخلق إلى الله مُلْحِدٌ في الحرام، ومُطَّلِبٌ دم امرئ بغير حق ليُهريق دمه، ومتَّبِعٌ سنة الجاهلية في الإسلام»، أي وهو أخذ الرجل بجريرة قومه(هـ).

وشرح القسطلاني سنة الجاهلية بقوله: هي اسم جنس يعم ما كان عليه أهل الجاهلية من الطِّيَرَةِ والكَهانة والنَّوح وأخذ الجار بجاره، وأن يكون له الحق عند شخص فيطلُبُه من غيره(هـ).

وفي الشمائل أن أبارِمْثَةَ قال : أتيتُ رسول الله ﷺ مع ابن لي فقال : ابنُك هذا؟، فقلت: نعم، إشهَدْ به، فقال: لا يجني عليك ولا تجني عليه ؛ **قال الشارح**: لما كان في هذه الجملة ما يُشعر بأنه ملتزِم لجنايته على عادة الجاهلية من مؤاخذة الوالد بجناية ولده وعكسه، أخبره النبي ﷺ بأن الشريعة المطهرة قد أبطلت ذلك، فقال ﷺ : لا يجني عليك ولا تجني عليه، أي لا تؤاخَذُ بذنبه ولا يواخذُ بذنبك. زاد في رواية: وقرأ رسول الله ﷺ : ﴿ **ولا تزر وازرة وزر أخرى** ﴾(هـ).

ونظمه أبو زيد الفاسي في العمليات بقوله :

ولا يؤاخَذُ بذَنب الغير * في كل شرع من قديم الدهر

قال في الشرح: يريد أن الشريعة المطهرة جاءت بأنه لا يؤاخذ بذنب أحد، قريبا كان أو بعيدا. **وقوله**: « في كل شرع » لعله شريعةُ سيدنا ابراهيم على نبينا وعليه الصلاة والسلام وما بعدها من الشرائع إلى هذه الشريعة المحمدية الخ، والله أعلم.

ص 144 **قلت** : إلا أن يكون هذا الأمر من الالتزام بالعادة لمصلحة في ذلك كي لا تضيعَ أموالُ الناس بأخذها والفرار بها، فيكون من باب قولهم: (تُحْدَثُ للناس أقضيَةٌ بقدر ما أحدثوا من الفجور)[4] أو من باب قولهم:

(4) وهي كلمة ماثورة تنسب للخليفة الأموي الزاهد، الصالح المصلح، عمر بن عبد العزيز رحمه الله ورضي عنه، فلتحقق ولتصحح.

«إلا إذا سُدَّتْ به الذريعة» . ويؤيد هذا أن القرابة الذين يؤدون الدَّين بفاس عن الهارب لابد أن يقبضوه منه بقبيلتهم، عادة مُطَّرِدةٌ من غير توقف فيها بحال، والعلم لله الكبير المتعال، قاله وكتبه المهدي الوزاني لطف الله به.

وسئلت عما يظهر من الجواب ؛ ونصُّه :

الحمد لله ؛ حيث ثبت باللفيف والعدلين أن الحاج ابن ناصر كان يتقوى على محجوره المختار ويتغلب عليه ويضربُهُ حال حجره ويسجنه على يد ولاة الوقت المرة بعد المرَّة الخ، فلا يلزمه ما عَقَدَ معه من تسليم تركةٍ وإبراء وبيع أصل وغير ذلك، لأنه مُكْرَهٌ؛ وهو لا يلزمه شيء من العقود ولو لم يسترع، فأحرى مع الاسترعاء كما هنا، وعليه فلابد من إعادة الحساب والنظر فيما صدر منه مع محجوره المذكور، هل هو جار على المنهج المرعيّ أم لا؟. وأما تلك العقود السالفة فغيرُ معتبرة، إذ لو لم يفعلها المحجور معه لبقي في العذاب ولا يجد لنفسه فكّا منه بحال. **قال ابن الناظم في شرح التحفة** : والإهانة الملتزمة لمن لا تليق به إكراهٌ بما وصفت من الإخافة والثقاف بالحديد(هـ) . وعليه فحيث ثبت الإكراه في النازلة فلا يُلزم المحجور فيما عقده على نفسه مع وصيه، والله أعلم. قاله المهدي لطف الله به.

وسئلت عمن كان متوليا على بعض الأعمال السلطانية وتغلَّب على من يحكم عليهم مدة مديدة، وفي أثنائها تملَّك أموالا طائلة، ثم قبضه السلطان وحاز جميع أملاكه، وكان له أولاد حين القبض فتعلقوا بالسلطان واشتكوْا الضيعة، فأنعم عليهم بثُلُث تلك الأملاك؛ عَيَّنَ لهُمْ فيها أماكن مخصوصة بعد تقويمها كلها، فحازوا ذلك وتصرفوا فيه بأنواع التصرفات، وسوغ لهم السلطان البيع وغيره من وجوه الفوت، وبقي الرجل المذكور في السجن مدة طويلة، ثم سُرِّح وتزوج وولد له ولد، ولما توفي طلب أولاده المذكورون أولا من السلطان الإنعامَ عليهم برد الثلثين الباقيين من أملاك والدهم، فأنعم

عليهم بذلك، فهل للولد الحادث بعد الإنعام الأول مدخل في الثلث المنعَم به قبل وجوده، أم يستبد به إخوانه الموجودون حين العطية، لاستقلالهم بالحوز والقَبول قبل وجوده الخ.؟.

ص 145 **فأجبت : الحمد لله ؛ نعم، له الدخول معهم فيما أنعم به السلطان عليهم قبل وجوده، لأن الإنعام في الحقيقة على والدهم لا عليهم**، لأنهم اشتكوا الضيعة بسبب حوز مال والدهم كله الذي كانت نفقتهم منه، فرَدَّ لهم بعضه ليأخذوا ما ينفقون منه على أنفسهم، فهذا الإنعام بالثلث عليهم كأنه تَخَلٍّ من السلطان عن بعض ما أخذه أولا، فكأنه قَدَّر أن ما كان بيده قبل التولية أو اكتسبه بعمله هو ثُلثُ الأملاك فتخلى عنه ورده لأولاده ينفقون منه على أنفسهم، والباقي هو الذي اكتسبه بالتغلب، أخَذَه أولا ثم أبقاه لهم إلى أن مات الوالد فتغير اجتهاده، فرد الكل على أولاده.

على أن انتزاع السلطان تلك الأملاك من والدهم لا يبطل ملكه عنها ولا يُعَدُّ انتزاعا بمجرده، وإنما حال بينه وبينها وأوقفها حتى يرى فيها رأيه، لأن الملوك يفعلون ذلك وقت عزل العمال أو موتهم ثم يردونها أو بعضها عليهم أو على أولادهم كهذه، أو ينفذونها لغيرهم، أو يملِّكونها لبيت المال، فالانتزاع بمجرده لا يدل على إزالة ملك العمال عن أملاكهم، بل هو عرضة للنظر إن لم يقع في الأملاك المحوزة تغييرٌ ببيع، أو تنفيذ للغير، أو تصريح بتمليك لبيت المال كما هنا.

على أن السلطان إنما له نزْعُ أملاك العمال، التي لم تكن عندهم قبل التولية ولا اكتسبوها بعملهم أو تجارتهم أو حرثهم مثلا، وإلا فليس له انتزاعها منهم، وإن انتزعها منهم في هذه فهو غصب منه لأملاكهم، وذلك لا يخرجها عن ملكهم، **وإن شك فيها** هل هي سابقة على التولية أو اكتسبوها

في حال التولية فهي محمولة على أنها سابقة حتى تشهد البينة بأنهم إما اكتسبوها حال التولية كما يستفادُ من جواب للشيخ التاودي، **ونصُّهُ**:

أما ما وُجِدَ من الأملاك بيد العمال الذين لم يكن لهم مال إلا ما اكتسبوه بطريق الظلم والتعدي فللإمام أن ينزعه منهم ويضمَّه لبيت المال إن لم تُعرف أربابه، وإلا رده عليهم، وكذلك ما وجد بيد ورثة العمال المذكورين. وأما **ما أخرجوه** عن ملكهم وأفاتوه بالبيع هو أو ورثتهم فإنه يمضي بيعه ولا سبيل إلى نقضه،(هـ)، تأمله.

وكذا يستفاد ذلك أيضا من قضية الخليفة المنصور، التي ذكرها الشيخ اليوسي، فإنه سُعِيَ إليه برجل أن عنده أموال بني أمية وودائعهم، فلمَّا أُحضِر بين يديه قال له: قد رُفع إلينا خبر الأموال والودائع التي عندك لبني أمية فأحضرها ولا تكتم منها شيئا، **فقال: يا أمير المومنين، أنت وارث بني أمية؟**، **قال: لا، قال**، فوصِيٌّ لهم على أموالهم ورباعهم، فقال: لا، فقال: فما سؤالك عما بيدي من ذلك؟، فقال: إن بني أُمية ظلموا المسلمين فيها وأنا وكيلهم في حقوقهم، وأريد أن آخذ ما ظلموا المسلمين فيه وأجعله في بيت أموالهم، قال: فتحتاج إلى إقامة بينة عادلة أن ما في يدي لبني أمية مما خانوه وظلموه، فإن بني أمية قد كانت لهم أموالٌ غير أموال المسلمين، فقال: صدقت، وما يجب عليك شيء، ولا يسعُنا إلا أن نعفو عنك. إنتهى.

وظهر بهذا أن في السؤال أموراً، لأنه يقتضي أن انتزاع السلطان بمجرده إبطال لملك العمال، وإن رده بعد أخذه عليهم أو على ورثتهم هو عطية منه لهم، وأن جميع ما تملَّكُوهُ زمن الولاية لا شيء لهم فيه ولا يصح شيء من ذلك[46] بل انتزاع السلطان بمجرده ليس إبطالا لملكهم، وردُّهُ بعد أخذه ليس عطية منه، بل تَخَلٍّ عما كان انتزعه، وما تملكوه زمن ولايتهم بتجارة أو حرث أو عمل من الأعمال، أو كان بأيديهم قبل التولية، أو كان قدر أجرتهم فهو ملك لهم، والله أعلم، قاله وكتبه المهدي لطف الله به.

وعارضَ بعض المعاصرين هذه الفتوى بقوله:

الحمد لله، نعم، لا دخول له معهم فيما أنعم به على إخوته قبل وجوده، لأن الإنعام على الأولاد الموجودين دون غيرهم؛ **لا يقال: إن ذلك في الحقيقة إنعام على والدهم،** لأنهم اشتكوا الضَّيْعة فرد لهم من مال والدهم ما ينفقون به على أنفسهم لوجوب نفقتهم عليه الخ، **لأنا نقول:** إنهم بالغون قادرون على التكسب، وهَبْ أنهم عاجزون فلا نفقة لهم على والدهم لعجزه عنها بالعُسْر، وما كان تحت يده من الأملاك انتُزع منه بموجب شرعي لأنه مستغرق الذمة بالتباعات فيُنْتَزَعُ منه جميعُ ما بيده إلا ما يسُدُّ الجوعة، أو لا يُتركُ له حتى ذاك حسبما يُذْكَرُ منصوصا عن أئمة الفتوى. وإذا كان كذلك كانت نفقته أي الوالد واجبة عليهم.

فإن قلت: إن هذا الإنعام بالثلث إنما هو تَخَلٍّ من السلطان عن بعض ما أخذه أولا، بأن قدّر أنَّ ما كان بيد هذا الوالي قبل التولية هو الثلث فتخلَّى لهم عنه الخ.

قلت: لفظ الظهير: «أنعمنا على أولاد فلان» الخ. فمدلوله يدُل على أن ذلك ابتداءُ عطيةٍ من السلطان للأولاد الموجودين من بيت مال المسلمين، لأن تلك الأملاك يُسلك بها مسلك الفيء، والنظر فيه للإمام خاصة، لأن العمال كما في النقل ضربان: **ضربٌ لم يُعرف بالظلم والتعدي، وحالُهُ حال صالحي الأمة،** إلا أنه زادَ مالُه بعد الولاية على ما كان يملكه قبلها، فالذي عليه السلف هو مشاطرة ماله، كفعل عمر مع أبي موسى وأبي هريرة رضي الله عنهم.

ص 147 **الضرب الثاني وهو محط كلام النازلة؛** العمالُ المعروفون بالظلم والتعدي، فهؤلاء يُنتزع منهم جميع ما بأيديهم، فقد ذكر المواق أول باب الفلس أن ابن رشد أفتى في العُمَّالِ الظلمة أنه يُضَمُّ ما وُجد لهم لبيت المال؛ **قال:** وأما ما فات ببيع فلا سبيل لأحد عليه. (هـ). **وذكر أيضا عن نوازل ابن**

سهل أن ابن عات وابن هزيل وابن مالك أفتوا فيمن ثبتت استطالته في الأموال بغير حق، وتفاهة وفره يوم وُلِّيَ، أن جميع متخلَّفه للمسلمين(هـ).

وقال ابن سلمون: **قال ابن حبيب: وللإمام أن يأخذ ما أفاده العمال ويضمَّه إلى ما جبَواْ**، وقد **فعله النبي صلى عليه وسلم في عامل له قال: (هذا لكم وهذا أُهْدِيَ لي..)** الحديث. **وقد فعله الصِّدِّيق**. وقال المصنف في جامعه: ولا تجوز وصايا المستغرقي الذمة ولا عِتْقُهُمْ، ولا تورَث عنهم أموالهم(هـ).

ومثله في ابن الحاجب وابن شاس(هـ) بنقل الفقيه سيدي محمد كَنون في اختصار حاشية الزرقاني.

وفي الخرشي عند قول المتن: «وتُرك له أي المفلس قُوتُه»[5] **الخ ما نصه**: بخلاف مُسْتَغرق الذمة بالمظالم والتباعات فإنه لا يُترك له إلا ما يَسُدُّ جوعته، إلى أن قال: وكلام الحطاب في شرح المناسك يدل على أنه لا يُترك له ولا ما يَسُدُّ جوعته(هـ).

ثم انتزاع السلطان أملاك الظلَمة من أيديهم مُبْطِلٌ لما يظن من ملكيتهم إياها، لا حَيْلُولَةٌ وإيقافٌ فقط، لأن الموقوف في الحيلولة تُوقَفُ غلته حتى يظهر مستحقها، أما إذا لم تُوقَفُ الغلَّة وتَصرَّف في المحوز تصرف المُلاَك لموجب شرعي فهو تملك؛ وكيف لا يكون تملُّكًا وقد تقدم نص الجامع وغيره بما فيه كفاية. ولئن قلنا إن الانتزاع بمجرده لا يكون إبطال ملك، إلا إن اجتمع مع التصرف بالبيع أو تنفيذ للغير كما قيل، فقد وجد في النازلة التنفيذُ للغير وهم الأولاد بعد الانتزاع.

(5) وذلك في الباب المتعلق بأحكام الغريم الذي أحاط الدين بمال، وما ينشأ عنه من تفليس عام وخاص.
والمعنى أنه يُترك للغريم الذي أريد قسم ماله على غرمائه قدرُ قوته الذي يقتات به، وكذا النفقة الواجبة عليه لغيره كزوجته وولده ووالده وأمهات أولاده لظن يسره، أي إلى الحين والوقت الذي يؤدي فيه الاجتهاد أنه يحصل له في مثله ما تتأتى به معيشته وتتيسَّر.. الخ.

ولا يسَعنا أن نقول: إذا كان التنفيذ للغير فالانتِزاع إبطال، وإن كان للولد فليس بإبطال ملك، لما عُلِمَ مما سبق أن العمَّال الظلمة لا ملك لهم فيما بأيديهم، وإنما يُسْلَكُ به مَسْلَكَ الفيء؛ وكون السلطان ليس له انتـزاعُ الأملاك التي كانت عند العمال قبل التولية الخ إنما يجري فيمن زاد مالُهُ بعد التولية على ما يملكه قبلها من غير أن يُعْرَف بالظلم والسلطة، فهؤلاء يشاطَرُون أموالهم كما فعله عمر رضي الله عنه. **وأما الظلمة المتسلطون فلا يترك لهم إلا ما يَسُدُّ الجوعة كما تقدم**، سيما وقد ذكر في النازلة أن هذا الوالي تملَّكَ الأملاك خلال مدة ولايته وتغلُّبه، وإذا كان كذلك تعَيَّن انتزاعُهَا منه وضمُّها لبيت المال. ويرشد لهذا ما أفتى به سيدي التاودي.

ص 148 **وأما قضية المنصور مع الذي سُعِيَ له به، وتسليم الحجة، فليست موجبة لإعمالها والفتوى بمقتضاها، إذ لسنا بمقلدين له في ذلك مع وجود ما يصادمها من نصوص أئمة المذهب كما سبق.**

فقد بان أن الانتزاع المذكورَ إبطالٌ لملك العمال الظلمة، وأن تنفيذه للغير من قريب أو أجنبي ابتداءُ عطية فتجري عليها أحكامها، ويُتَّبَعُ في التخصيص ألفاظ المعطي، وألفاظه في النازلة تدل على تخصيص الموجودين، لأن من لم يوجد حين العطية لا يدخل إلا بنص كما تقدم، بل تبين أن جميع ما تملَّكه الظلمة حال الولاية لا شيء لهم فيه، وإن ماتوا فلا يورث عنهم، بل هو لبيت مال المسلمين يرى السلطان فيه رأيه، والله يقول الحق وهو يهدي السبيل، حرره العربي، أي قاضي وجدة(هـ).

وأجبت عنه بهذا :

الحمد لله ؛ لا مزيد في النازلة على ما قلناه، ولا يُشَكُّ في صحته من أنصف وأعرض عن هواه، وأما الكلام المسطر في هذا الجواب فلا طائل تحته.

لأن قوله: (لا دخول له معهم إلى قوله لأن الإنعام على الأولاد الموجودين الخ) **غير محرَّر**، لأن الإنعام في الحقيقة على أبيهم لا عليهم، لأنهم لما قُبض أبوهم في السجن وحِيز ماله كله لا ذوا بالسلطان واشتكَوا الضيعة فأنعم عليهم بثلثه الخ، فالإنعام عليهم معلَّلٌ كما ترى بلحوق الضَّيعة لهم بسبب حوز مال أبيهم كله، وصاحبُ هذا الجواب أعرض عن التعليل وحَكم بظاهر اللفظ، وما ينبغي له ذلك، إذ يلزمه أن يقول في المال الذي أُهْدِيَ لابن اللَّتْبِيَّا هو له لا لأرباب الصدقة، لأن الإعطاء كان له في الظاهر، وكأنه لم يمعن النظر في قضيته.

وبيان ذلك أن النبي ﷺ أرسل ابن اللَّتْبية لقبض الزكاة، فلما جاء بها دفع البعض وأخذ البعض وقال: (هذا لكم وهذا أُهْدِيَ لي)، فحيز منه الجميعُ، أي وأُعطِيَ أجرتُه فقط. فابن اللَّتْبية كان متوليا على قبض الزكاة فأُهدي له لأجل ذلك، فكانت الهدية لأرباب الصدقة لا له، فالإهداء له معلَّل بكونه متوليا على قبضها، فلذا انتُزعت منه، ولو وقع الإهداء له من غير تولية لم تُنتزع منه، وهنا الأولاد لما اشتكَوا الضيعة بحوز مال أبيهم كله أنعم عليهم بثلثه لذلك، فيكون لأبيهم لا لهم، وإنما يكون لهم لو أُعطِيَ لهم مالٌ غيرُ مال أبيهم أو أعطى لهم هو، لاكن لا لأجله بل لغير ذلك. أما حيث أُعطيَ لهم لكونه مال أبيهم الذي كانوا ينفقون منه، والآن حيز عنهم ولحقتهُم خصاصة بذلك فالمعطى له في الحقيقة هو أبوهم.

ص 149 وقوله: **(لا نقول إنهم بالغون قادرون على التكسب الخ) لم نقل بوجوب نفقتهم على أبيهم، فهذه الجملة لا معنى لها ولا طائل تحتها**. ثم المقصود من شكواهم بذلك الكلام هو استخلاصُ مال والدهم من السلطان كما هي العادة فيمن جاءه لفك أمواله، فإنَّه يُظهر إليه الاضطرار التام حتى يتوصل إلى مرغوبه، فليس المراد بذلك الكلام حقيقته.

وقوله : (لأنه مستغرق الذمة بالتباعات فينتزع منه جميع ما بيده الخ) ليس في السؤال المذكور أنه مستغرق الذمة، **فهذه زيادة منه على ما في السؤال، وما ينبغي للمفتي أن يجيب إلا عما في السؤال خاصة**؛ ولا يلزَمُ من كونه تغلَّب على من يحكم عليه وتمول أموالا في خلال المدة أن يكون مستغرق الذمة.

وقوله (وإذا كان كذلك كانت نفقته أي الوالد واجبة عليهم الخ) من نمط ما قبله، فإن المقصود من شكواهم الضَّيْعَة،وأنهم لا مال لهم إلا ما ينفقه عليهم والدهم،هو إظهار التملق والفاقة والاضطرار إلى السلطان كي يَفُكُّوا بعض مال والدهم أو كلَّه، فلا مانع أن يقولوا ذلك وإن كانوا أغنياء، إذ ليس المراد الحقيقة كما لا يخفى.

وقوله (لفظ الظهير: أنعمنا على أولاده فلان فمدلوله يدل الخ) كان من حقه أن ينقل لفظ الظهير بكماله ولا يقتصرُ على أوله حتى يَسْلَمَ من تهمة التدليس، ولاكن على كل حال لا ينافي في ذلك أنه تَخَلٍّ.

وقوله (لأن تلك الأملاك يسلك به مسلك الفئ الخ) مبنيٌّ على فهمه أنه مستغرق الذمة، وقد علمت أن السؤال خال من ذلك.

وقوله (لأن العمال ضربان كما في النقل الخ) كلامٌ مختَلٌّ، إذ مقتضاه أن العمال تُشَطَّرُ أموالهم التي كانت لهم قبل التولية أو ملكوها بوجه حلال، وهذا مخالف للشريعة المطهرة قطعا، إذ حُرْمَةُ مال المسلم مما عُلِمَ من الدين ضرورة، وإنما شطرها عمرُ رضي الله عنه حيث لم يعلم قدر الزائد بعد التولية للضرورة، ولو علم قدر الزائد لأخذه فقط دون غيره.

وأما الضربان في كلام الأئمة فهُما أن يعلم السلطان قدر أموالهم يوم التولية أو لا، فإن علم أنهم لا شيء لهم أصلا، أو عرف لهم قدرا معينا فإنه يأخذ الجميع في الصورة الأولى، وما زاد على القدر المعين في الثانية، بعد أن

يترك لهم مقدار أجرتهم، وإن كان لهم مالٌ ولم يَعرف قدره أو لم يَدْرِ هل كان لهم مال يوم التولية أم لا فيأخذ منهم الشطر للضرورة، **وهذا هو الضرب الثاني**، لقول ابن عرفة عن ابن حبيب: وكان عُمر إذا ولَّى أحدا يُحصي ماله لينظر ما يزيد، ولذا شَاطر العمال حيث كَثُرت وعجز عن تمييز ما زادوه بعد الولاية، قاله مالك(هـ).

ص 150

فقوله (وكان عمر إذا ولى أحدا يحصي ماله لينظر ما يزيد) هو الضرب الأول، **وقوله**: (ولذا شاطر العمال الخ) هو الضرب الثاني، تأمله.

وقوله عن المواق (أن ابن رشد أفتى في العمال الظلَمة أنه يُضَم ما وجد لهم لبيت المال الخ) **فيه أمور**؛ **منها** أنه لا يصح تنزيله على هذه النازلة، إذ هو فيمن ثبت عليه أشياء؛ **منها** أنه كان يأخذ ما هو لبيت المال ويجعله لنفسه، وأين هذا من نازلتنا التي لم يثبت عليه شيء منها؟.

ففي المعيار سئل ابن رشد عن رجل يَجْبي فوائد البلد ويضرب الضرائب على الرعايا ويضُم إلى نفسه جميع ما كان في تلك البلد لبيت مال المسلمين.

فأجاب: لو ثبتت الشهادة بذلك على البت والقطع لوجَبَ أن يُضَمَّ إلى بيت مال المسلمين ما يوجد من أصوله بيد ورثته، وأما ما فوَّت بالبيع فلا سبيل على المشتري(هـ)، ونقله العلمي في نوازله، أُنظره.

ومنها أنه خرَّج هذه الفتوى على قول ضعيف، **لأنه قال**: وكذلك أفتى أبو ابراهيم الأميرَ بالكفارة بالصوم لفقره باستغراق ذمته، وعلى هذا صدَرت فتيا ابن رشد في العُمَّالِ الظلمة أنه يُضَم ما وُجد لهم لبيت المال الخ)، ففرَّع كلام ابن رشد ـ على فتوى أبي ابراهيم الأميرَ ـ بما ذكر، وذلك ضعيف، لأن المشهور أنها على التَّخيير، ولا فرق بين الأمير وغيره حسبما هو مذكور حتى في شروح المعينِ.

ومنها أنه لم يقتصر على كلام ابن رشد بل زاد بعده ما نصه:

وسئل المازري عن مستغرق الذمة بالحرام هل تجوز معاملته؟ فقال: في ذلك خلاف، ووجْه القول بالجواز أن الفقراء لم يستحقوا عين ما بيده وإنما استحقوا قدره خاصة الخ) قال ـ **أي المواق ـ بعد نقله: الحرامُ إذا تعلَّق بذمة صار ما بيد صاحبه مالا من ماله يُقْطَعُ مَن سرقه، وقد بالغ في الإحياء في هذا وقال**: ومع ذلك لا يجوز لك أن تَسرق مال ظالم، ولا لك أن تُخفي وديعته وتُفرق ذلك على الفقراء، لأن من المحتمل أن يكون ذلك قد حصَل بشراء في ذمته، فإن كون ذلك في ذمته تحت يده دليلٌ على ذلك (هـ).

ومنها أن المواق قال بعد نقل هذا الكلام: مذهبُنَا نحن أنه أي مستغرِقَ الذمة يملك ما اشترى مطلقا إذا لم يُكره البائع على البيع.

قال في المدونة: فإن كان اشترى ذلك الشقص بدنانير أو دراهم مغصوبة فلك أن تَشفعه، لأن الدنانير والدراهم لا تتعين، وإذا قام عليه صاحبها اتبَّعه بها ولا يُنقَضُ البيع، وعلى هذا المأخذ إذا توفي المستغرقُ الذمة فلا يحْرُمُ على ورثته من ماله إلا ما كان حراما بعينه لم يفُت، وكان له طالب معيّن، وهذا هو المروي عن اللخمي وغيره، **فقد سئل ابن أبي زيد عمن هلك وترك مالا حراما** فقال: أجاز إرثَهُ ابن شهاب والحسن البصري، وأباهُ القاسمُ وغيره، وفرَّق مالك بين أن يُعرف أهله فيُرَدَّ إليهم، وإن لم يُعْرَفْ أهله فلا يقضى على الورثة بأن يتصدقوا به، لكن ينبغي لهم ذلك (هـ). وعلى هذا المأخذ فتيا الأشياخ في أشخاص المسائل الخ.

ص 151

(**وقوله عن نوازل ابن سهل**: (أفتوا فيمن ثبتت استطالته في الأموال بغير حق، وتفَاهَةُ وفره، أي قلَّة ماله يومَ ولِّيَ الخ) لا يصح تنزيله على هذه النازلة، إذ لم يذكر في السؤال أنه ثبتت استطالته في الأموال بغير حق ولا تفاهةُ ماله يوم ولي، تأمَّله.

وكذا نقلُهُ عن صاحب الجامع، (ولا تجوز وصايا مستغرقي الذمة الخ) من نمط ما قبله، إذ لم يذكر في السؤال أن الرجل المسؤول عنه كان مستغرِق الذمة.

وقوله : (ثم انتزاع السلطان أملاك الظلمة من أيديهم مبطل إلى قوله لأن الموقُوف في الحيلولة تُوقف غلته حتى يظهر مستحِقُّها الخ) **شبيه بالهذَيان**، إذ الذي قلناه أن السلطان إذا عزل قائدا من قُواده وحال بينه وبين أملاكه لا يُعَدُّ هذا بمجرده انتزاعا لها وإبطالا للملكية أربابها، بل هو عُرضة للنظر حتى يرى فيه رأيه، وهذا مُشَاهَدٌ يعرفه حتى أصاغر الولدان، فاعترض هو هذا بأن الموقوفَ في الحيلولة تُوقَف غلته حتى يظهر مستحقها الخ، فإن أراد أن هذا هو توقيف السلطان المتكلَّمُ فيه فليس بصحيح، بل هو ما قلناه، وإن أراد توقيف القاضي للشيء المتنازع فيه، وهو الظاهر من عبارته، فخروج عن الموضوع.

وقوله : (وقد تقدم نص الجامع وغيره بما فيه كفاية الخ) تقدم أن ذلك كله خارج عن موضوع النازلة.

رَاحَتْ مُشَرِّقَةً ورُحْتَ مُغَرِّبا * شَتَّانَ بَيْنَ مُشَرِّقٍ ومُغَرِّب

وقوله : (ولا يسعنا أن نقول : إذا كان التنفيذ للغير فهو إبطال، وإن كان للأولاد فليس بإبطال الخ) هذا لم نقله، بل لا فرق بينهما.

وقوله : (إنما يجري فيمن زاد ماله من غير أن يُعْرَف بالظلم والسلطلة فهؤلاء يُشاطرون كما فعل عمر إلخ) يقتضي أن من لم يُعْرَفْ بالظلم من العمال وزاد ماله بعد التولية أنه يُشَاطَر في جميع ماله حتى ما كان له قبلَ التولية، أو تملَّكَهُ بوجه جائز، وأن عمر رضي الله عنه فعَلَهُ، وليس بصحيح، وحاشا عمر أو غيره أن يرضى بذلك، إذ لا يجوز في الشرع

ص 152

أخذُ مال المسلم ولو ظلم هو غيره، وإنما محل المشاطرة إذا لم يُعلم ماله كم كان وكم ازداد له بالتولية كما تقدم نقله.

وقوله: (وقد ذكَر في النازلة أن هذا الوالي **تملَّك الأملاك** خلال مدة ولايته الخ) **ضروري البطلان**، إذ كونُه تملَّكها خلال التولية لا يلزم منه أن يكون غصَبَها من غيره، بل يجوز أن يتملكها بإرث أو شراء أو عمل من الأعمال، والأعَمُّ لا إشعارَ له بأخصَّ مُعَيَّنٍ.

وقوله: (وإذا كان كذلك تعين انتزاعها منه الخ) ليس بشيء، بل لا تنزع منه حتى تشهد البينة بغصبها، (**وكذا زعمه** أن ما أفتى به الشيخ التاودي يرشد لما قاله الخ) قَرْحٌ مِثْلُهُ(*)، بل لا يُرشد إليه. (**وكذا قوله في** قضية المنصور لسنا مقلدين الخ) فإنها مذكورة عند الشيخ اليوسي واحتج بها، ولو لم تكن موافقة للمذهب ما احتج بها، فإنه أعلم.

(**وقوله**: فقد بان أن الانتزاع المذكور إبطال الخ) **لم يَبِنْ ذلك**، بل بان أنَ ذلك الكلام من أوله إلى آخره مُجَرَّدُ إفساد للكاغيد لا غير، والله أعلم، قاله وكتبه المهدي الوزاني لطف الله به.

وفي المعيار سئل المواق هل يجوز لأحد أن يأكل من وليمة العرس إذا علِم الآكِلُ أن الغالب من مال رب العرس أنه مغصوب، ولا يعلم له رأسُ مال حلال، هل يجوز له أن يأكل ويتصدق بقدر ما أكل؟.

فأجاب : طعام الوليمة ملك لصاحب الوليمة، إذ ليس عينَ المغصوب، وكذلك الدراهم المغصوبة والدنانير هي ملك له ومتعلقة بذمته، بحيث لو

(*) الكلمة اقتباس من قول الله تعالى في جهاد المسلمين، وصبرهم فيه على الابتلاء المبين : ﴿ **ولا تهنوا ولا تحزنوا وأنتم الأعلوْن إن كنتم مومنين، إن يمسسْكم قرح فقد مس القوم قرح مثله، وتلك الأيام نداولها بين الناس، وليعلم الله الذين أمنوا ويتخذ منكم شهداء، والله لا يحب الظالمين، وليمحّص الله الذين آمنوا ويمحق الكافرين، أم حسبتم أن تدخلوا الجنة ولما يعلم الله الذين جاهدوا منكم ويعلم الصابرين** ﴾. س. آل عمران : 139 ـ 142.

اشترى بها شيئا بينه وبين شريكه لجاز أن يأخذه بالشفعة، بخلاف لو اشتراه بحرير مغصوب فإن الخيار فيه لرب الحرير، فعلى هذا إذا أعطاك مستغرِق الذمة دراهمَ أو دنانير، أو طعاما قد فات بطبخ ونحوِه، فلا تباعة عليك في ذلك للمظلومين، لك الْهَنَا، وعلى الظالم الإثم، اللهم إذا كان المغصوب لم يفت كفاكهة مثلا فإنك في أكلها مثله، يُغَرِّمها لك صاحبها، ولاكن الورع تركُ أكل مال مستغرق الذمة، فإن أكلته يستحب لك أن تتصدق بمثل ما أكلت(هـ) .

وسئل سيدي أبو القاسم بن خجوا عما يفهم من جوابه، ونصه :

الحمد لله ؛ الجواب ؛ إن كان الأمر كما ذكرتم فالإقدام على ما تواطأ عليه القوم المذكورون من ذبح أنعام بعضِهم حين تعديتها على زروعهم وكرومهم من البدَعِ والافتيات على الحكام وعلى أربابِها وعلى الدين، والواجب الوقوف مع الشريعة، فمن استهْلَكَ زرعا لغيره يجب عليه غرمه مع النكال إن تعرض لذلك بتفريطه، ويجب على من فَوَّتَ بهيمة على ربها غرمُ قيمتها صحيحةً سالمة مع النكال، وفي أكلها نظر، وأحرى إذا كان ذابحها لم يستحضر نية الذكاة، وأحرى إذا كان من الجهال الأجلاف الملحَقين بالمجوس الذين لا تؤكل ذبائحهم من غير خلاف، لأن حكمها حكم الميتة والخنزير، وإن التزم القوم الذين أصيبوا بمصيبتين ؛ ـ مصيبة استهلاك زرعهم وكرمهم، ومصيبة التعدي على الحيوان الذي لا يعقلُ بالضرب والذبح والعَقْر، وعلى أنفسهم بالتعدي على الدين وعلى خَلْقِ رب العالمين ـ أنَّ من تعدى على الدين وعلى خلق رب العالمين تُؤْخَذ بهيمتُه أو شيءٌ من ماله ويُدفع للأُسارى الذين لهم حق في جميع أموال المسلمين لاستنقاذهم بها من يد الكافرين لكان ذلك سائغا وخارجا عن الخلاف عندي، فانظر ابن يونس وابن عرفة وغيرهما من دواوين المالكية في الجهاد، إنتهى الغرض منه .

ص 153

قلت : قال العلمي في نوازله: رأيت منقولا من جواب لسيدي علي ابن هارون: من أحرق شجرة غَرِم قيمتها، وإن خلفت كانت لهما ؛ هذا بقيمة أرضه، وهذا بقيمة شجرته.

وأجاب سيدي أحمد البعل: حيث أقرت المرأة بتقطيع وثيقة الحق غَرمت ما احتوت عليه، فإن لم يعقِل الشهودُ على ما احتوت عليه الوثيقةُ تفصيلا فإنها تحلف هي على تعيين ذلك، فإن قالت: لا نعلم، حلف أخوها أي رب الحق، **فإن قال**: لا علم عندي نُدبا إلى الصلح على ما يرضاه الجميع، فإن أبوا خُلِّيَ بينهم حتى يصطلحوا(هـ).

وسئل سيدي يحيى السراج عمن له مالٌ مشترَكٌ كالبقر والغنم ونحوها كالعين وسائر العروض، ثم فعل معصية توجب الحد كالزنى، أولا توجبه، فأخذَ منه المخزن ذلك المال. هل يغرم لشريكه نصيبه أم لا؟، وإن قسَم معه المخزن في الوجهين هل تصح القسمة ولا شيء له فيما بقي لشريكه أو يأخذ حقه فيما بقي للشريك في قسمته أم لا؟، وإن قلتم بأحد الوجهين فسواءٌ كان المال المشترك حيوانا كالبقر والغنم أو عرْضا أو عينا أم لا؟.

فأجاب إنه لا يغرم لشريكه نصيبَه، وإن قسم معه المخزن فالمأخوذ بينهما، والباقي بينهما(هـ).

قال الشريف العلمي بعد نقله : هذا بناء على عدم صحة مقاسمة الغاصب، والمسألة تقع كثيرا في الحال المشترك، يأخذ الغاصب نصيب أحد الشريكين، ونقل ابن بشير قولا بصحة مقاسمة الغاصب.

قال البرزلي في جواب له: ويشهد له غير ما مسألة من المدونة، ويؤخذ من كلام اللخمي في بعض مسائل القَسْم(هـ).

ص 154 **وأجاب ابن مرزوق**: إن كان ما أخذ الغاصِبُ من أحد الشريكين ليس عن وظيف الأرض فلا رجوع للمأخوذِ منه بشيء على شريكه، لأنه غصْب،

وإن كان ذلك عن وظيف معتاد على الأرض رجع على شريكه بما ينوبه، أُنظر أوائل الشركة من نوازل المازوني.

الشيخ القوري عن شيخه العبدوسي: المشهور أن الجزء المشاع لا يمتاز في قسمة الغاصب، كمن اشترك مع ذي حِرفة فغصَبه ثم قاسم ذا الحرفة فلا يحل له الاستغلال، **قال**: وهو المشهور والمنصوص عند الشعبي والبرزلي وغيرهما فلا تجوز قسمة الغاصب، وفي تمييز مطلق الجزء المشاع قولان مأخوذان من المدونة(هـ).

وسئل أبو مروان عن رجلين اشتركا في زرع، فلما جاء حصاده غاب أحدهما، فعمد إليه صاحبه فحصده ودرسه وصَفَّاه، ثم أراد أن يقتسمه ويعزل نصيبه، فلمن يدفع نصيب الشريك الغائب، هل يجوز له أن يَصُبَّه في مطمورة؟، وما تقولون إن غصَبَه غاصب بعد القسمة، والغاصب ممن لا يُنتصف منه، أيجوز له ذلك ويخلصه، أم لا ويرجع الغائب في نصيب شريكه، أو المصيبةُ منه؟.

فأجاب: لا يقاسمه إلا برأي الحاكم، فإن قسم بغير رأي الحاكم فالمصيبة منهما جميعا، والله تعالى أعلم.(هـ) من نوازل الإمام المغيلي.

وقال في المعيار: نزلت في أوائل هذا القرن -يعني الثامن- مسألة، وهي أن رجُلاً له دين على رجل، فعَدَا السلطان على رب الدين فأخذه من غريمه، ثم تمكن رب الدين من طلب المدين، فاحتج المدين بجبر السلطان على أخذه منه من حيث كونه لرب الدين.

فأفتى بعض الفقهاء ببراءة ذمة المدين، وأفتى غيره بعدم براءته، محتجا بأن ما في الذمة لا يتعين.(هـ) **قال بعض الشيوخ**: والصواب براءته، ولا مقال.(هـ).

وفي المعيار أيضا - فيمن غاب عن بلده وطلب السلطان قريبه بالوظيف - ما نصه : قد عُرِف أن من غاب فإن قريبه مأخوذ بالأداء عنه، فما غاب إلا وهو عالم بما يجري عليه، وكذلك الأخ المأخوذ بأخيه الغائب ليؤدي عنه، المعنى واحد.

وسئل -أي القابسي عمن عدا عليه السلطان وأخذ منه مالا. ثم سأله الزيادة فقال: ما عندي شيء، فأخرج رجل وصية الرجل المكرَه، وفي الوصية ذِكْرُ حقوق له على غرمائه.

فأجاب : إن أخرجَ الوصية غير صاحبها فالغرماء لا تبرأُ ذمتهم، لأن البلية بهم نزلت، والذي أخرج الوصية بنفسه ودفعها إلى الظالم فقد علم أن الظالم لا يدَع الغرماء إذا أنكروا، وليس له أن يدفع الضرر عن نفسه ويُلزِمه غيره، فيصبرون له ليُحرزوا له ماله، هذا بعيد(هـ).

ص 155 **وسئل القاضي المكناسي، صاحب كتاب المجالس، عن رجل اكترى حانوتا من ناظر الأحباس لسنة بكذا وكذا في كل شهر**، فسكن المكتري بعض المدة وتعدّى عليه الوالي في باقي المدة وأخرجه منها، فحين تمت المدة طلب قابض الأحباس من المكتري كراء السنة التي اكترى إليها.

فأجاب : يقال للمكتري: تعدّي الوالي عليك في إخراجك من الحانوت، هل هو لقصد الإضرار بك أو لقصد ذات الحانوت؟،

فإن قال: لقصد ذات الحانوت فيقال له: أثْبت ذلك، فإن أثبته ببينة لا عذر فيها للناظر سقط الكراء عنه، وإلا لزمه الكراء. ودليل ذلك ما نقله ابن أبي زمنين في المُغْرِب عن مالك(هـ).

وسئل أيضا عن كلب تشبث بصبي وجرحه وخرق عليه ثيابه، هل يضمن ربُّ الكلب أم لا؟.

فأجاب : نقل ابنُ دبوس : إذا علم ربه منه ذلك وتقَدَّم الكلام معه في ذلك عند السلطان ضمن، وإن كان لم يتقدم ذلك منه ولم يشتهر ذلك منه إلا مرة واحدة فلا ضمان .

قلت : هذا إذا كان اتخاذ الكلب في موضع مأذون في اتخاذه فيه، وأما الموضع الذي لم يُؤْذَن في اتخاذه فيه فيضمن مطلقا(هـ) .

وسئل المحقق السجلماسي عمن ادَّعى عليه أن كلبه عقَر امرأة وأنه يخشى عليها الهلاك من ذلك، فأنكر المدعى عليه ولا بينة، وذكر أن كلبه لم يُعهد منه عقْرٌ لأحد ولا عُرِف ذلك منه، فهل يجب شيء على المدعى عليه أم لا ؟

فأجاب بأنه لا يجب على الرجل شيء بمجرد الدعوى العارية عن البينة إذا لم يَثْبُتْ أن كلبه هو الذي عقر المرأة، ولا إشكال في هذا، بل لو ثبت ذلك وكان الكلب متخَذاً حيث يجوز اتخاذه ولم يُعهد منه العقر كما ذكر السائل، بل ولا تقَدَّم لصاحبه فيه إنذار، لكان ذلك هدَراً لا يوجب ضمانا على الرجل، ولاسيما إن كانت المرأة دخلت دارَ الرجل من غير إذن ؛ **قال ابن سهل** : ولا ضمان على صاحِب كلب اتخذَه في داره إذا لم يَعلَم أنه عقور. وفي المفيد : **من دخل دار قوم من غير إذنهم ولهم كلبٌ عقور فيَعقره فلا ضمان عليهم، مربوطا كان أو لا** .(هـ) .

وسئل أيضا عن الكلب إذا لم يظهر منه تَعَدٍ على أحد وعضَّ رجلا ومات، هل على ربه شيء أم لا؟، لاسيما وذلك لم يثبت بالشهادة وإنما سمع ذلك، وهل تعمل التَّدْمية هنا أم لا؟ .

ص 156 **فأجاب** : وأما مسألة الكلب فلا ضمان على صاحبه إذا لم يظهر منه قبل **العداء**، هذا مع ثبوت الإصابة، ومع عدم الثبوت أحرى .

ونقَل ابن سهل قول أصبغ : إذا لم يثبت ما أصاب الكلبَ العقور بشاهدين بطل، وأنكر - يعني أصبغ اليمين - في هذا مع الشاهد الواحد(هـ)، ولا تعمل التدمية في هذا .(هـ) بخ .

وسئلت عمن اكترى دارا لمدة من عامين، وبمجرد ما قبض مفتاحها وقف عليه شرطيان وأخذا منه المفتاح بإذن من له الأحكام المخزنية ولم ينتفع بها أصلا، فهل يلزمه كراء مدة العامين أم لا؟ .

فأجبت : الحمد لله ؛ لا يلزمُه شيء من الكراء في مدة غصبها منه لانفساخ الكراء بينهما بمجرد الغصب، لقول المختصر: « وفُسِخَتْ بتلف ما يُسْتَوفى منه، وبغَصْب الدار وغصب منفعتها وأمر السلطان بإغلاق الحوانيت »[6] .

المواق نقلا عن الواضحة : من اكترى دارا سنة أو شهرا فقبضها ثم غصبها إيَّاه السلطانُ فمُصيبة ذلك على ربها، ولا كراء له فيما بقي، وقاله مالك في المسددة حين أخرجوا المتكارين وسكنوا، وكذا في سماع ابن القاسم . ابن حبيب : وسواءٌ غصبوا الدار من أصلها أو أخرجوا منها أهلها وسكنوها لا يريدون إلا السكنى حتى يرتحلوا . **ابنُ حبيب** : وكذلك الحوانيت يأمُرُ السلطانُ بغلقها لا كراء على مكتريها لربها، **وقال سحنون**: الجائحةُ من المكتري . ولابن حبيب في ذلك تفريق ؛ **ابن يونس**: ليس هذا كله بشيء، لأن كلَّ ما منع المكتري السكنى من أمر غالب لا يستطيع دفعه من سلطان أو غاصب فهو بمنزلة ما لو منعه أمرٌ من الله كانهدام الدار وامتناع ماء السماء، حتى منعه الحرث فلا كراء عليه في ذلك كله، لأنه لم يصل إلى ما اكترى . إنتهى منه، وفيه كفاية، والله أعلم، قاله وكتبه المهدي لطف الله به .

---

(6) وذلك في أواخر باب الإجارة، وفي سياق وبيان ما تفسخ به ومالا تنفسخ به .
أي: فُسخت الإجارة بسبب تلف ما تستوفى منه المنفعة كموت حيوان معين، وانهدام عقار معين، وبغصب الدار من غاصب لا تناله الأحكام الشرعية، وبغصب منفعتها كذلك، وفسخ كراء الحوانيت بسبب أمر السلطان بإغلاقه لوجوب طاعته وعدم إمكان مخالفة أمره.. الخ .

وسئل العلامة المحقق السجلماسي.

فأجاب : إذا ثبت أن البهيمتين المغصوبتين مختلفتان في الصفة والقيمة وغرِمَ اللُّصُوصُ عنهما مالا دون قيمتهما لفوات البهيمتين عندهم، أو لامتناعهم من ردهما بأعيانهما، فالحُكْمُ في قسم المال المذكور أن يُفَضَّ على قيمتي البهيمتين ويعطى لرب كل واحدة منهما قدْرُ ما ينوبه من ذلك، كقسم أرباب الديون مال المفلس بالمحاصة، وكما قيل في جمع الرجلين عبديهما بثمن واحد صفقةً واحدة ؛ **قال في الشامل**: الأشهرُ منعه، وفُسِخَ إن نزل، فإن فات مضى بالثمن مفضوضا على القيم(هـ).

ص 157 ولا معنى لقسم المال في النازلة نصفين بين أرباب البهيمتين مع ثبوت أن إحداهما أجوَدُ من الأخرى وأكثرُ قيمة، إذ ربما أدى ذلك إلى أن يصير لرب البهيمة الدنية أكثرُ من قيمتها، مثلا لو كانت قيمةُ الجيِّدة عشرين وقيمة الأخرى عشرة، والمالُ المصالَحُ به أربعة وعشرون، وجب لرب البهيمة الجيدة منه ستة عشر، ولرب الأخرى ثمانية، وانتقص لكل منهما الخمس مما يستحق، ولو قُسم المال نصفين لصار لرب البهيمة الدنية إثنا عشر، وهي أكثر مما ضاع له، وذلك واضح، وبالله التوفيق.

وسئل أيضا عمن سرقت له سرقة مختلفة بالحوائج، ثم بعد شهر وجد بعض حوائجه في يد رجل فادعى عليه بأن الحاجة حاجته، فترافعا في ذلك إلى قاضي البلد، فحكم على المدعي بوضع قيمة الحاجة على يد أمين والذهاب بها ليُوفع الشهادة على عينها ففعل ذلك واستحقها، فقال للمستحَقِّ من يده: مكِّني من جميع ما سُرِق لي مع هذه الحاجة، والحالةُ أن المدعى عليه لم يُعرف بخيانة، وادعى أنه اشتراها من رجل لم يعرفه، هل عليه شيء مما ادعى عليه به من غرم جميع ما سرق له أم لا ؟

فأجاب : ليس على الذي وُجدت الحاجة في يده شيء، ولا يُتَهَمُ بوجودها في يده.

ففي التبصرة : المسلمون في دعوى الغصب والعداء محمولون على العافية حتى يثبت خلافها، وإذا كان كذلك فهو مصَدَّق في دعوى الشراء، لاسيما ممن لا يُعرَفُ بسرقة، وعلى تقدير إن كان هو السارق فلا يلزمه أكثر مما وجد في يده.

ويؤيده ما في كتاب التيسير أن ابن مرزوق سئل عن السارق إذا أقرَّ ببعض السرقة وجحد الباقي، فهل يلزمه جميع ما ادعى به المسروق منه أم لا ؟.

فأجاب : ليس على المقر إلا ما أقر به، ويحلِفُ على ما سواه.(هـ).

وسئل فأجاب أيضا : وأمَّا مسألة السارق يوجد في الحِرز، وادعى الإذن من رب الحرز وأنكره، فلم أقف على نص في عينها بعد البحث ؛ والذي يظهر أنه لا قولَ لداخل الحرز عند التخالف مع ربه في الإذن له ؛ لأن الأصل عدمه، وإنما يُنظَر في قوله لو غاب ربُ الحرز ولم يعلم ما عنده أو حضر وصدَّقه ؛ ونصُّ المدونة: مَن سَرَق متاعا لرجل غائب فقام به أجنبي قُطِعَ ولو قال السارق : رَبُّ المتاع أرسلني لقُطع وإن صدَّقه ربه، كان معه في بلده أو لم يكن، وإن أُخِذ في جوف الليل ومعه متاع فقال: فلان أرسلني إلى منزله، فإن عُرِف منه انقطاع إليه وأشبَه ما قال لم يُقطع، وإلا قُطِع ولم يُصَدَّق .(هـ).

فكتب ابن ناجي على قوله (ومن سرق متاعا) : ما ذكره بَيِّنٌ، لأن القطع حق لله تعالى.

وكتب على قوله: (ولو قال السارق الخ) : لأنه حقٌّ وجب فلا يُزال عنه بتصديقه. ومعناه: إذا قامت البينة على معاينة السرقة.

وقال اللخمي: يُعْتَبر الدليل، فإن قوي دليلُ كذبه لم يُصَدَّق، وإلا صُدِّق. ص 158

وكتب على قوله : (وإن أُخِذ في جوف الليل. . إلخ) قال أبو ابراهيم: معناه أن يدخل من مدخل غير مستتر في وقت يجوز أن يرسله فيه، وأما إن

أخذه مستترا، أو دخلَ من غير مدخل أو في حين لا يُعرف فيُقطع، وهكذا فسّره أصبغ في الواضحة. **قال عبد الحق: والفرق أن الأول** عاينت البينة أخذه لها سرا، **والثاني** لم يعاينوا أخذها سرا، ولو عاينوه لَقُطِع وإن كان منقطعا إليه، فإنه حق الله عز وجل. (هـ). **والمقصود من كلام المدونة وابن ناجي عليها هو قوله** (وإن أُخِذَ في جوف الليل.. الخ)، وباقيه ذُكِر تتْميما للفائدة.

إذا عُلم هذا فينبغي أن يكون الذي وُجد في الحرز في دعوى الإذن له مثل المأخوذ ليلا في دعوى الإرسال، فما يُصَدَّق معه هذا يصدق معه ذاك، ومالا فلا. ويُفْهَمُ من سكوتِه في المدونة عن صورة تكذيب رب المنزل مدعيَ الإرسال أنها على أصل التداعي؛ أن القول لمدعي الأَصل منهما، وفي هذا كفاية، وبالله التوفيق(هـ).

وسئل أيضا عن السرقة تشهد البينة بها على إقرار السارق؛ استشكلتُها مع كون الرجوع من المقر مقبولا، لقول المتن: «وقُبِلَ رجوعه ولو بلا شبهة»[7] الخ، فإنه إذا كان يُقبل رجُوعُه عن الإقرار وإن بلا شبهة، فأي فائدة للبينة عليه بالإقرار وقَبولها وهو منكِر لها، إذ إنكَارُهُ لها كالرجوع عن الإقرار بها الخ.

فأجاب: وأما المسألة الثالثة فليس فيها إشكال، وذلك أن إقرار السارق بالسرقة يوجب عليه شيئين؛ القطع وردَّ المسروق أو قيمته؛ الأول حق لله تعالى يَسْقُط برجوع المقر، والثاني لا، وفيه تعمل البينة؛ **ودليلُ الفرق المذكور قوله في كتاب السرقة من المدونة:**

ومن شهِدت عليه بيِّنةٌ أنه أقر بالسرقة أو بالزنى فأنكر، وأنه إنما أقر لأمر يُعذر به، أو جحد ذلك الإقرار أصلا، أُقيل، **ثم قال آخِر الكتاب المذكور:**

(7) وذلك في أواخر الباب المتعلق بأحكام السرقة،
والمعنى: وقُبل رجوع من أقر بالسرقة طائعا عن إقراره بها إن كان رجوعه لشبهة، كقوله: «أخذت مالي المودَع أو المرهون أو المغصوب، فظننت ذلك سرقة، بل ولو رجع بلا شبهة مقتضية لرجوعه عن إقراره بأن قال: إنه كذب في إقراره، وقبول رجوعه مقيد بما إذا لم يكن المقرُّ بها عبدا وعينها، أي السرقة، وإلا فيقطع ولو رجع عن إقراره، وإنما يُقبل رجوع المقر بالسرقة بالنسبة للقطع، وأما الغرم فلابد منه.

ومن أقرأنه أنه سرق من فلان ألف درهم بغير محنة ثم جحد لم يُقطع، ويغرم المال لمدعيه(هـ) . وقولُ ابن غازي في الديات من تكميل التقييد : الذي للخمي في كتاب الرجم أنه إذا اجتمع في الإقرار الواحد حق الله سبحانه وحق لآدمي، مثل أن يقر أنه سرق من فلان كذا أو حاربه وأخذ ماله ثم رجع عن ذلك، فإنه يؤخذ بما تعلق بإقراره للآدمي، ثم يُنظر فيما يكون من حق الله تعالى، فإن أتى بعُذْرٍ تُرك، وإلاَّ حُدَّ(هـ) .

وفي القسم الثالث من تبصرة ابن فرحون: وإن أقر السارق طوعا ثم رجع سقط عنه الحد دون الغرم(هـ)، ونحوه في الرسالة، وهو واضح.

ص 159

وسئل أيضا عن المرأة إذا سرقت من بيت زوجها حاجةً تساوي رُبع دينار فأكثر، والرجل إذا سرق من بيت زوجته ذلك، هل يجب على السارق منهما قطعٌ أم لا ؟

فأجاب : الحمد لله ؛ قال اللخمي: إن سرقَ أحد الزوجين من مال الآخر من موضع مَحْجُورٍ بائن عن مسكنهما قُطِعَ، وإن كان معهما في بيت فسُرق من تابوت مغلق أو بيت محجور معهما في الدار فقولان، والأحسنُ عدم القطع إن كان القصد بالغلْق التحفظُ من أجنبي، وإن كان لتحفُّظ كل منهما من الآخر قُطِعَ.(هـ) بخ، وفيه كفاية .

وسئل أيضا عن نازلة تظهر من الجواب.

فأجاب : الحمد لله ؛ قول الذِّمِّي المذكور للمسلم: أنت الذي سرقتَ، والحال أن المسلم لا يُعرف بالسرقة، إيذاءً له، يُوجب على القائل العقوبة الشديدة.

ففي التبصرة: لو قال – يعني المسلم – لمن لايُتَّهَمُ بالسرقة : أنتَ سرقت متاعي نُكِّل وعوقب باجتهاد الحاكم.(هـ).

فإذا كان المسلم يستوجب بمقالته المذكورة النكال والعقوبة فما بالك بالذمي؟، بل نقَل الإمام المغيلي عن ذخيرة القرافي الخلاف في نقض عهد الذمي بسَبِّه المسلم، وذلك أنه عَدَّ الأمور المشترطَة عليهم فقال في أثنائها، ولا يضربوا مسلما، ولا يسُبُّوه، ولا يستخدموه إلى أن قال في آخر كلامه: ومتى أخلُّوا بواحدة من هذه - يعني الخصال المعدودة فاختلف العلماء في نقض عهدهم وقتلهم وسبْيِهم.(هـ) ولاشكَّ أن نسبة المسلم للسرقة من أقبح السب، وهو واضح(هـ).

وسئل أبو العباس الهلالي عمن ادَّعى بسرقة على من لا يُتَّهم بها ولا تتعلق به ظِنَّة منذ كان، وهو مشتغل بما يعنيه من قراءته ودينه وطلب معيشته، تاركا لما لا يعنيه، إلى أن ادُّعِيَ عليه بذلك، ثم إن المدعي المذكور لقي رجلا معلوما بالسرقة والتلصص، إلا أنه استظهر الآن منذ عامين بمحافظته على ذلك، فشهد للمدعي المذكور أنه رأى المدعى عليه يصل إلى دار المدعي المذكور في وقت لا يدخل فيه أحد دار أحد، إلا أنه لا يدري هل سرق شيئا أم لا؟، ثم إن المدعي المذكور أصبح يدعي أنه سرق من بيت آخر غير الذي رآه دخله المدعى عليه، فما الحكم في ذلك؟، بينه لنا.

فأجاب: الحمد لله؛ وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

دعوى السرقة ونحوها على أهل الدين والخير لا يوجب على المدعى عليه شيئا ولو كانت محققة، فكيف إذا كانت دعوى اتهام، فلا يمين ولا أدب على المدعى عليه، بل الأدبُ على المدعي كما في تبصرة ابن فرحون على الصحيح من القولين، وشهادةُ من ذُكر على مَن ذكر **لا توجب عليه شيئا**، أما إن لم تُعْلَمْ صحة توبته بشروطها المعروفة فإلغاء شهادته واضح، وأما إن علمت صحتها أو دام على ذلك مدة يغلب على الظن أن ظاهره كباطنه فوجْهُ عدم إيجابها شيئا من المشهود به أن متعلَّقها - وهو رؤية الواحد له في المحل المذكور - لا يُقَاوِمُ بمجرده ما استمر عليه منذ نشأته من الدين المقتضي نزاهتَه

ص 160

عن تلك الفعلة الشعناء ؛ هذا ومجَرَّدُ الكَفِّ عما عرف به الإنسانُ من التلصص لا يدل على إنابته وصحة متابه، ولا تثبت بذلك عدالته حتى يُظهر الندم ونية أن لا يعودَ ويرُدَّ المظالم إن أمكن ردها، وإن لم يُقَلْ إن رد المظالم شرط في صحة التوبة حيث فات المسروق والمغصوب، لأن إمساكَه عن رد العوض معصية أخرى منافية للعدالة، نسأل الله السلامة والتوفيق، والله تعالى أعلم.

وسئل أيضا عن رجل شرير معروف بالتلصص وغير ذلك من الأوصاف المذمومة وُجد في دار بسلاحه، فقام معه أهل الدار فقتلوه، فهل سيدي يكون دمه هدرا لكونه معروفا بما ذكر، أم كيف الحكم فيه الخ؟.

فأجاب : بعد الحمد والصلاة ؛ إن كان الرجل صائلا على نفس أو حريم أو مالٍ وكان لا يندفع إلا بالقتل أو بما أدى إلى القتل فدمه هدر، لأنه حينئذ مأذون في قتله وجوبا في الأوليْن وجوازا في الثالث كما في المختَصريْن للشيخ خليل، وابن الحاجب وشروحهما، وإن لم يكن صائلا أو كان إياه وأمكن دفعهُ بدون القتل وما أدى إليه فعلى قاتله مع الامن من شره القَوَدُ، لأنه إن أُمِن شره ولو بالهرب لم يجُز جرحه كما في المختصرين، فضلا عن قتله، إلا إن كان التلصص الذي ذُكر في السؤال أنه كان معروفا به بمعنى الحرابة وثبت ذلك فدمه أيضا هدَرٌ لا قودَ فيه ولادية كما في الحطاب عند قول المتن: «وأُدِّبَ، كمرتدّ وزانٍ أُحْصِنَ» [8] لأنه غيرُ معصوم، والعصمة شرط في القود والدية، وأما السرقة فموجبها القطع لا القتل بشروط القطع المفصلة في محلها، والأوصافُ الذميمة المشارُ إليها لم تُعيَّن ليظهر مقتضاها.

(8) وذلك في أول الباب المتعلق بأحكام الدماء والقصاص، والذي بدأه بقوله: باب، إن أتلف مكلف (شخصا) معصوما (أي يحرم قتله والمساس بحياته) فالقودُ عينا الخ. أي يكون القصاص متعينا من طرف ولي المقتول إن شاء أخذ حقه، وعفوه أولى وأكمل.
والمعنى أن ولي المقتول لا يتولى قتل الجاني إلا بإذن الإمام، فإن قتله بغير إذنه أدب لافتياته على الإمام، كقاتل مرتد وزان أحصن بغير إذن الإمام فلا يقتص منه بالقتل، لأن المقتول في هذه الحالة غير معصوم،ويؤدب قاتله لتعديه وافتياته على الإمام.

وفي التبصرة لابن فرحون عن سماع ابن حبيب عن ابن الماجشون فيمن وجد رجلا مع زوجته فجرحه أو قتله لا يلزمه في الجرح شيء، وفي القتل عليه القود، إلا إن كان معه شهود على دخول الفرج في الفرج فلا قود، وعليه الأدب لافتياته على السلطان.

الباجي: هذا جار عند ابن القاسم في البكر والثيب أي المحصن وغيره، لأن من حَلَّ به مثل هذا يخرج عقله ولا يملك نفسه، لاكن عليه الدية في غير المحصن عند ابن القاسم؛ **ابن كنانة** : وقيل: دمُهُ هدَرٌ في المحصن وغيره(هـ) بخ، وبعضُه بالمعنى للإيضاح. وإن قلنا بالدية ففي بعض شروح المختصر أنها على العاقلة،

ص 161 وفي التبصرة أيضا عن أصبغ فيمن دخل حريم رجُل فسرقه وهرب، فتبعه فدافعه السارق عن نفسه فقتله الآخر، لا قود عليه ولا دية إن كان معه المتاع المسروق.

قلت : لأنه لم يمكنه تخليصُ ماله بدون القتل،

ثم قال: وإن لم يكن معه متاعٌ بل أراد النجاة بنفسه فعليه الدية إن قتله بحريمه وشبهه، وإن تباعد هاربا ولا متاع عنده فعلى قاتله القود كما لو تمكن منه وأمن من شره فبدا له فقتله، إنتهى بمعناه في البعض، والله سبحانه وتعالى أعلم(هـ).

وسئل العلامة المحقق السجلماسي عن نازلة تظهر من الجواب.

فأجاب : الحمد لله ؛ استئجارُ المرأة المذكورة لا يوجب الضمان على مستأجرها المذكور إن هلكت، لأن مجرد طحن البارود لا غرر فيه، وبتقدير أن فيه غرراً وخطرا فالمرأة هي التي أدخلت نفسها في ذلك، وهي حرة مالكة أمرها، فلو شاءت لم تفعل ذلك.

ويؤخذ ذلك من مفهوم قول ابن فرحون في استيجار العبد المملوك، ونصُّ المراد منه: لو أذنَ له سيده في العمل على الإطلاق فاستأجره رجل فيما هو غيرُ مخوف من الأعمال فلا ضمان عليه، وإن استأجره في مخوف ضمنه وإن كان مأذونا له في الإجارة، **قاله مالك**، لأن العمل المخوف غير مأذون فيه؛ **وحاصلُهُ أن الإذن المطلق إنما يتناول المعتاد من الأعمال دون الغرر(هـ)**.

فأنت تراه في العبد المملوك جعل سبب الضمان فيه إما عدم إذن سيده له وإما إطلاق العبد، فمفهومه لو أُذنَ له في عمل خاص من الأعمال المخوفة فواجر نفسه فيه فنشأ عن ذلك الفعل هلاكٌ لم يجب على مستأجره ضمان، والحرُّ أميرُ نفسه لا يتوقف في عمل يعمله على إذن أحد له، مخوفا أو غير مخوف، وقد مثَّل الأئمة العمل المخوف بالعمل تحت الجدران ورُقِيٍّ النخل والنزول في البئر(هـ).

وسئل أيضا عن رجل من سماسرة الخيل ركب فرسا في السوق ليشهره للبيع، وهمَزَهُ بالمهامز على العادة، فركض الفرس برجله، فأصاب صبيا كان واقفا بالقرب منه، فمات في حينه من ركضته، فهل ذلك من جناية الآدمي التي يترتب عليها الضمان أو ذلك من جَرح العجْماء الذي ورد النص فيه أنه جُبَارٌ، أي هَدَرٌ(*)، وعلى الأول فعلى من يكون الضمان؛ هل على الجاني أو على العاقلة؟.

فأجاب بأنه لما كان الهمز سببا في ركض الفرس كانت الجناية جناية آدمي، وهي من الخطأ، فتكون دية الصبي المقتول على عاقلة الجاني أي الراكب. **ويدل لذلك ما نقله في المفيد عن صاحب الكافي، ونصه**:

ص 162

(*) إشارة إلى حديث أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال: «المعدن جُبار، (بضم الجيم وفتح الباء المخفّفة)، والبئر جُبار، والعجماء جبار، وفي الركاز الخمس»، رواه الشيخان والترمذي.

والمعنى أن ما تصيبه البهيمة من الدواب والأنعام وتُتلفه من زرع ونحوه في أرض الغير فهو هدر، لكن إذا لم يقصر مالكها في حراستها، فإن قصّر في ضبطها وفرّط في رعايتها فعليه ضمان ما أتلفت وأفسدت.

وما جَنَتْ الدابة من الجراح والأنفُس وسائر الدماء، ومعها سائق أو راكب أو قائد، فجنايتها خطأٌ تحملها العاقلة إن كانت الثلث فصاعداً، وإن كانت دون الثلث ففي مال السائق أو الراكب أو القائد(هـ).

وفي تبصرة ابن فرحون: ولو نخَسَ رجلٌ أجنبي دابة معها راكبٌ أو قائد أو سائق، فما نشأ منها فعلى الناخس دون الثلاثة، فإن مات أحدٌ من فعلها فهو على عاقلة الناخس(هـ). ولاشك أن هَمْزَ الراكب كنخس الأجنبي أو أقوى.

وعلى كل حالٍ، الجنايةُ خطأ، مُوجِبُهَا تحمله العاقلة، وإذا وجبت الدية على العاقلة فالجاني كواحد منهم يُضْرَبُ على كل واحد ما لا يضُرُّ به، ويحْمل الغني منها بقدره، ومَن فَوقَه بقدره، وذلك على قدر طاقة الناس في يُسْرِهم؛ ولم يَحُدَّ مالك في ذلك حدا(هـ).

وما سبق أن الجاني كواحد من العاقلة معناه فيما يُعطي من الدية؛ نعم، يخْتَصُّ عنهم بوجوب الكفارة عليه، وهي رقبةٌ مومنةٌ سليمةٌ من العيوب، فإن لم يجد صام شهرين متتابعين كما في نص القرآن العظيم، وبالله التوفيق.

وسئل أيضا عما يظهر من الجواب.

فأجاب : **قال ابن فرحون في تبصرته**: ولو نَهَرَهَا -يعني الدابة- بمقوَدها أو صاح عليها فضَرَبَتْ ضَمِنَ، لأن الجناية حينئذ ليست للعجماء، إنما هي جنايةُ سائقها أو قائدها أو راكبها(هـ). وإذا كانت جناية البهيمة تضاف إلى الصائح عليها بسبب صياحه كانت إضافته للراكب في النازلة أحرى، ولا فرق في جناية الدابة بين أن تكون بوطء يدها أو رجلها أو بضرب برجلها، **ويدل لذلك ما في شرح الرسالة للقلشاني**، ونصُّهُ: فإن

كان عليها -يعني الدابة - مُرْدَفَان ؛ مقدَّمٌ ومؤخَّر ضمن المتقدم منهما، إلا أن يكون المتأخر حرَّكَها فيضمنها جميعا، وإن حركها المتأخر فرمَحت لضربه فقتلت رجلا فعلى عاقلة المتأخر خاصة.(هـ) ومعنى رمَحَتْ ركضت برجلها. **فعُلم منه أن الضرب بالرجل كالوطء بها أو باليد، خلافا لمن توهم الفرق بينهما**، وأن الركض بالرِّجل هَدَرٌ، **فنصُوصُ الأئمة صريحة بالتسوية بين الأمرين**، والله أعلم.

وسئل أيضا عن معنى قول الإمام الخرشي رحمه الله تعالى -عند قول المختصر: «والمال دون القطع في سرقة»[9] - ما نصُّهُ:

ص 163

(يضمنه ضمانَ الغاصب لا ضمان السارق)، فما الفرقُ بينهما؟، اللهم إلا أن يفرِّق بينهما بما في التحفة في السرقة حيث قال :

وحيثُما السارق بالحكم قُطع * فبالذي سرق في اليسر اتُّبِع

وإلى سيدنا النظر.

فأجاب : **وأما مسألة ضمان الغاصب وضمان السارق فالفرق بينهما هو ما أشرتم إليه من أن السارق إذا قُطع لا يضمن إلا في اليسر دون العسر**، أي **بخلاف الغاصب فيضمن مطلقا**، وما ذكرتم عن الخرشي تبع فيه صاحب التوضيح، **قال في تكميل التقييد عن الوانوغي**: قال غيرُ واحد: إن المراد من الضمان هنا ضمانُ الغصب والتعدي لا ضمانُ السرقة، وهو مذهب ابن القاسم(هـ).

فعُلِم من هذا أن بين الضمان في البابين فرقا، وضمان الغصب على الأصل لا تفصيل فيه، **والتفصيلُ الذي في ضمان السرقة مشهور في دواوين**

(9) وذلك في الباب المتضمن لأحكام الشهادة والشهود، وفي سياق الكلام على أنواع الشهادات من حيث عدد الشهود ونوعهم.
والمعنى: وإن شهد بالسرقة عدل وامرأتان أو أحدهما وحلف المدعي فإنه يثبت المال دون القطع ليد المشهود عليه في هذه الحالة.

الفقه. قال في المدونة: ومن سَرَقَ فأُخذَ مكانَه أو بعْد ذلك ويُسْره متصل فقطع، وقد استهلك السرقة، ضمنَهَا، فإن كان مُعْسراً يومَ قُطعَتْ يدُهُ أو كان يُسْره ذلك قد ذهب ثم أعسر ثم قطعت يده وقد أيسر ثانيا، أو سَرَقَ وهو معسر ثم أُخذَ وهو معسر فقطعت، لم يضمن السرقة إن كان قد استهلكها، وإنما يضمنها إذا سرق وهو موسر فتمادى يسره إلى القطع، إنتهى.

وأجاب أيضا عمن أعطى مالا لتسْريح القاتل من السجن فمات في السجن قبل أن يسَرَّحَ منه بأن له الرجوعَ بماله، **ونصُّهُ**: وإذا لم يجب مال أي على القاتل، لكون القتل عمدا قُضِيَ لأولياء القاتل في النازلة باسترجاع ما كانوا دفعوا لأولياء المقتول، لكونهم إنما دفعوا على أمر لم يتمَّ وهو تسريحُ أخيهم والعفوُ عنه، فلم يحصل شيء من ذلك مما في السؤال.

ويشهد لذلك ما قال العلماء -فيمن أنفق على امرأة رجاء أن يتزوجها فلم يَكْمُلْ له ذلك- أن له الرجوع بما أنفق، قال سيدي أحمد الونشريسي: لأن الذي من أجله أعطى ماله لم يثبت له(هـ).

مسألة: قال أبو علي بن رحال : تنزل عندنا نازلة وهي أن الخمَّاس مثلا يُجرح في وقت الحصاد أو الحرث فيُمنعُ من العمل، هل يلزم الجاني أن يعطيه أجيرا يخدم في محله لأنه عطَّله ولا عنده ما يعيش به غيرُ ما ذكر، **قال**: ويظهر من كلام اللخمي أنه يلزمُ الجانيَ ذلك، لأنه ظالم، وهو أحق بالحمل عليه(هـ).

قلت : هذا الجرح إن كان عمدا فالواجب فيه القصاص، فإن تصالحا على شيء فلا كلام، وإن طلب القصاص فليس له أن يقتص ويأخذ أجيرا في محله، لأن الشارع إنما حكم بالقصاص من غير زيادة عليه؛ ولا حجة له في كونه عطَّله، لأن الجاني كذلك يُعَطَّل أيضا عن حِرفته وقت قصاصه منه؛ ص 164

وإن كان الجرحُ لا قصاص فيه لكونه من المتالف أو لعدم المماثل فهذا هو الذي تقدم أنه يجب فيه التداوي، ويجب فيه الحكومة إن برئ على شَيْن، وإن كان فيه شيءٌ مقدَّر فإنما عليه ذلك المقدَّر.

فقوله: (يظهَرُ من كلام اللخمي إلخ) **غيرُ ظاهر، وبهذا كنت اعترضتُهُ في شرحنا للشامل**. ثم بعد ذلك بسنين وقفتُ على الشيخ الرهوني اعترضه أيضا بقول المختصر: «وضمِن منفعة البُضْع والحُرِّ بالتفويت وغيرهما بالفوات»[10] الخ، قائلا: فالمجروح إن كان حرا فلا شيء على من عطَّلَه إذا لم يستعمله كما لو عطله بشَدٍّ يده أو غير ذلك من موانع العمل، وإن كان عمدا وجب عليه غرمُ قيمَة منفعته، لا أنه يأتي بشخص آخر يعمل مكانه، قاله الشيخ التسولي.

مسألة أخرى، قال الإمام المازري: مَن غُصب منه شيء وقدَرَ على استرداده مع الأمن من تحريك فتنة وسوء عاقبة بأن يُعدَّ سارقا أو نحو ذلك جاز له أخذه، ولم يُلْزَمْ الرفع إلى الحاكم، وأما العقوبة فلابد من الحاكم.

ابن الحاجب : وأما من قدر على غير شيئه **فثالثها** إن كان من جنسه جاز؛

ابن عرفة: هذه طريقة ابن شاس. وقال المازري: ظاهر المذهب أن لا فرق بين جنس ماله وغيره؛ **وقال ابن رشد**: من أدوع رجلا وديعة فجحده إياها، ثم إن الرجل المذكور استودعَه وديعة أو ائتمنه على شيء، ففي المدونة: لا يجحده؛

---

(10) وذلك في باب الغصب وأحكامه.
أي وإن غصب الغاصب حرة أو أمة ووطئها فيضمن منفعة البضع بالتفويت (أي بالوطء)، فعليه صداق مثلها ولو ثيبا إن كانت حرة، وما نقص من قيمتها إن كانت أمة، وإن غصب شخصا حرا أو استعمله في عمل فتضمن منفعة الشخص الحر بتفويتها بالاستعمال.

وروى ابن وهب: **له أخذه إن لم يكن عليه دَين، فإن كان فبقدْر حصاصه**؛ **المازري**: وهذا هو المشهور؛ وقال ابن عبد الحكم: **له أن يأخذ وإن كان عليه دين**؛

ابن يونس: وإنما جاز له أخذ قدْر ما ينُوبُهُ وإن كان للغرماء الدخول معه فيه، للضرورة التي تلحقه لو أظهر ذلك، فمتى لم يضُرَّ الغرماء بأخذ ما ينوبه جاز له ذلك.

قال بعض فقهائنا: فإن حلف، ما ضَرَّهُ ذلك كالمكرَه على اليمين في أخذ ماله فيحلف ولا يضره ذلك. **وقال اللخمي**: **قال مالك**: وإنما يجوز له أن يجحده إذا أمن أن يحلفه كاذبا، يريد أن المودِع يقول له: إحلف لي أني ما أودعتك؛ **وقيل**: يحلف ما أودعتَني شيئا. وينوي يلزمني ردُّه، **وقيل**: ينوي مثلها ويحرك به لسانه، وكل ذلك واسع، **والصوابُ**: **له أن يجحَد ما أودع مكان حقه**، لقوله تعالى: ﴿**وإن عاقبتم فعاقبوا**﴾[11] الآية، ولحديث هند: «خذي من ماله».[12]. (هـ) من المواق.

قلت: **قال في كتاب الشهادات من المختصر**: «وإن قَدَرَ على شيئه فله أخذُه إن يكن غيرَ عقوبة، وأمن فتنة ورذيلة»[12م].

قال الخرشي: **هذه المسألة تُعرف بمسألة الظَّفَر.**

---

(11) س. النحل، 126 والآية بتمامها: «وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به، ولئن صبرتم لهو خير للصابرين».

(12) عن عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها أن هندا بنت عتبة قالت: يا رسول الله، إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعمل. قال: خُذي ما يكفيك وولدك بالمعروف».

(12م) العبارة مذكورة في باب الشهادات من المختصر، كما أوضحه الشيخ المهدي الوزاني رحمه الله، وأبان عن معناها بمنتهى الجلاء والوضوح بما نقله من شرح العلامة الخرشي على مختصر خليل، رحم الله الجميع.

والمعنى أن الإنسان إذا كان له حق عند غيره وقدر على أخذه أو أخذ ما يساوي قدره من مال ذلك الغير فإنه يجوز له أخذ ذلك منه، وسواء كان ذلك من جنس شيئه أو من غير جنسه على المشهور، وسواء علم غريمه أو لم يعلم، ولا يلزمه الرفعُ إلى الحاكم. **وجواز الأخذ مشروط بشرطين:** ص 165

الأول أن يكون حقه غير عقوبة وإلا فلابد من رفعه إلى الحاكم، وكذلك الحدود لا يتولاها إلا الحاكم.

والثاني أن يأمن الفتنة بسبب أخذ حقه كقتال أو إراقة دم، وأن يأمن الرذيلة أي أن يُنسب إليها كالغصب ونحوه، فإن لم يأمَن ذلك فلا يجوز له أخذه. فقوله: «وإن قدر» أي من له حقٌّ على غيره، وقوله: «شيئه»، وكذا غيرُ شيئه، كان من جنسه أم لا على ظاهر المذهب، كذا قال ابن عرفة. وظاهره ولو من وديعة، وهو المعتمَد، وما مَرَّ للمؤلف في باب الوديعة من قوله (وليس له الأخذ منها لمن ظلمه بمثلها) خلافُ المعتمَد(هـ).

ونحوه قول الزرقاني أيضا ما نصه: شمل كلامُهُ أيضا الوديعةَ على المعتمَد، وما قدَّمه في بابها من قوله «وليس له الأخذ منها لمن ظلمه بمثلها»(*) ضعيفٌ؛ وشمل قوله «شيئه» دينه على ممتنع من أدائه فله أخذُ قدره ولو من غير جنسه، وإن كان غريمه مدينا أخذ قدر حصته في الحصاص فقط، وهو إحدى الروايات، قاله التتائي. وإذا كان شخصان، لكل منهما حقٌّ على الآخر فجحد أحدهما حقَّ صاحبه فللآخر جَحْدُ ما يعادله(هـ).

وقال المواق أيضا ما نصه : وقد نقلت من كلام كل إمام ما لابد منه من أحكام هذا الفرع.

وحاصل كلام اللخمي وابن يونس وابن رشد والمازري ترجيحُ الأخذ، وقد تقدم أول الحِجْر مَن حَبَسَ وديعة لظالم، وقد نصُّوا في الوصي

*) هذه العبارة جاء ذكرها في باب الوديعة، وقد سبقت الإشارة إليها في هامش من نوازل الوديعة والعارية.

إذا علم بالدين دون غيره أنه إن خفي له دفعُهُ دون مُعْتبٍ فعَلَ، وإلا كان شاهدا. **ومن ابن يونس قال مالك** -في ميت أوصى لصغير بدنانير ولم يُشهِد على ذلك إلا الوصيَّ : فإن خفِي له دفعُ ذلك حتى لا يُتَّبَعَ به دفع ذلك دون السلطان، وكذلك لو رفعه فلم يقبل شهادته السلطان ثم خفي له دفع ذلك فله ذلك.

وقد كنت أفتيتُ زمن القائد أبي القاسم بن السراج رحمه الله أن يأخذ المجاهد من الغنيمة قدر حقه لقلة الاهتبال بجمع الغنائم وقسمها، وما كان أحد وافقني على ذلك، إلى أن وجدت النص بما أفتيتُ به في نوازل البرزلي، وكان من جملة مستندي مع ما تقدم ما نقله عياض أن هارون الرشيد أجاز مالكا بثلاثة آلاف، فقيل لمالك: يا أبا عبد الله، ثلاثة آلاف تأخذها من هذا، كأنه يستكثرها، **فقال** إذا كان مقدار ما لو كان إمامٌ عدل فأنصف أهل المروءة أصابه شبيه لذلك لم أر به بأسا.

ص 166

وسأله غيرُ واحدٍ عن جائزة السلطان، فقال له: لا تأخذها، **فقال له**: فأنت تقبلها، **قال مالك**: أتريد أن تبُوء بإثمي وإثمك؟(هـ)، وانظر قول مالك هذا إنما هو لأن التصريح بالفقه لمثل هذا السائل موحشٌ كما قال ابن القاسم حين منَع من قبالة مصر، فقيل له: أشهبُ يقبلها، فقال للرجل: قم أنت ببعض ما يقوم به أشهب، وحينئذ خُذ ما يأخذ أشهب، أو كما قال له.

وكما حكي عن زيادة الله عامل افريقية أنه أجاز العلماء، فمنهم من قبل الجائزة، ومنهم من ردَّها، فاستنقصَ زيادةُ الله كلَّ مَنْ قَبِل، فبلغ ذلك أسد بنَ الفرات وكان ممن قبل، فقال: لا عليه، إنما أوصلَنا إلى بعض حقنا، واللهُ حسيبُهُ فيما هو يمسكه عنا. **وقد نصُوا أنه إن لم يكن بيت مال** أن يجمع الناس مالا ليرتبوا به الجندَ وحمَلة العلم، أعني علم فرض الكفاية، الذي سئل مالك عنه، أهو فرض؟ فقال: أمَّا على كل الناس فلا؛ قالوا: والذي يتعين عليه

هذا العلم هو من جاد فهمُهُ وحَسُنَ إدراكه وطابت سجيته وسريرته، فمثل هذا هو الذي يجوز له أخذُ الجائزة؛ ومن لم تكن فيه هذه الأوصاف فلا يجوز له الأخذ، وربما كان طلبه العلم من باب العبث بالنسبة للمصلحة المجتلبة، ومن تكَلُّف مالا يطاقُ في حقه، وكلاهما باطل شرعا، فكيف يجوز له أن يأخذ على ذلك مرتّبا أو أجرا(هـ).

ومن نوازل الزياتي ما نصه:

وجدت في بعض البطائق منقولا من بعض أجوبة القاضي أبي عبد الله محمد بن أحمد النالي رحمه الله ما نصه : قد رُويَ عن فقهاء الأمصار أنهم عابوا على الفقيه الجليل أبي عمر بن عبد البر رضي الله عنهم أجمعين أكل طعام السلاطين وخدمتهم وقبولَ جوائزهم، **فقال** : قل لمن يعيب أكلي طعام الأمير: هذا رجل جاهلٌ، لأن الاقتداء بالصالحين من الصَّحابة والتابعين وأمة محمد من السلف الصالح الماضي واجبٌ، قد كان زيد بن ثابت من الراسخين في العلم يقبل جوائز معاوية وابنه يزيد، وكان ابن عمر مع ورعه وفضله يقبل هدايا المختار بن أبي عبيد، ويأكل طعامه، وكان المختار غير مختار.

وقال عبد الله بن مسعود لرجل سأله عن جار له كان يعمل بالربا ولا يجتنب في مكسبه الحرام يدعوني إلى طعامه، أفأجيبه؟ فقال: نعم، لك الْهَنا وعليه المأثم، ما لم تعاين الشيء بعينه. وقال عثمان ابن عفان رضي الله عنه حين سئل عن جوائز السلطان: لحم طريٌّ ذُكِّي.

ص 167 وكان الشعبي وهو من كبار التابعين يؤدب بني عبد الملك بن مروان ويقبل جوائزه ويأكل طعامه، وكان إبراهيم النخعي وسائر علماء الكوفة والحسن البصري مع زهده وفضله، وأبو سلمة بن عبد الرحمان، وأبانُ ابن عفان والفقهاءُ السبعة بالمدينة – حاشى سعيد ابن المسيب – يقبلون جوائز السلطان، وكان ابنُ شهاب الزهري يقبلها ويتقلب في حوائجهم وكانت أكثر مكسبه، وكذلك أبو الزناد، وكان مالك وأبو يوسف والشافعي وغيرهم من

فقهاء الحجاز والعراق يقبلون جوائز الأمراء، وكان سفيان الثوري مع ورعه وفضله يقول؛ جوائز السلطان أحبُّ إليَّ من صلة الإخوان، لأن الإخوان يمنُّون، ومثل هذا عن العلماء الفضلاء كثير، قد جمع الناس فيه أبوابا، ولأحمد بن خالد فقيه الأندلس وعالمها في ذلك كتاب جمعه ووضعه.

ومعنى قول ابن مسعود قد أجمع عليه العلماء، فمن عَلِم الشيء بعينه مأخوذا من غير حله، قليلا كان أو كثيرا، فهذا الذي لم يختلف العلماء في تحريمه وترْك أكله وتملُّكه، ولا أعلم أحدا من علماء التابعين تورَّع عن جوائز السلطان إلا سعيد بن المسيب، ومحمد بن سيرين.(هـ) ما نقله ابن عبد البر رضي الله عنه. ومَن كان الغالبُ على ماله الحرام فقد اختلف في حكمه كمن أحاط الدين بماله أو من أفلس إلى أن قال.(هـ) جواب القاضي سيدي محمد بن أحمد النالي لطف الله به.

ووجدت مُقَيَّداً في البطاقة نفسها أسفل هذا الكلام بخط الشيخ الصالح أبي القاسم بن خجو رحمه الله تعالى **ما نصه**:

الحمد لله؛ فمن أراد الشفاء في هذه المسألة فليطالع البيان والتحصيل في كتاب الشهادات، والسلامةُ التامة مع العزلة، ومن ابتليَ فالمسْتَهْلَكُ الذي فات بالطبخ والعمل أحق وأيسر شأنا، ومن ابتُلِيَ بالخُلْطَة معهم ولم تساعده المشيئة والقدرة للعزلة فليكن آمرا بالمعروف وناهيا عن المنكر بالقول والحال على الدوام، وإن ترك ذلك وشُغفَ بالحُطام غرق في بحر الآثام، وصار شريكا معهم بالسكوت والرضى، ﴿**ومن يتق الله يجعل له مخرجا ويرزقه من حيث لا يحتسب**﴾[13] والآية تشمل الخلق كلَّهم: الأمراء وغيرهم، وتقوى الأمير هي لُبابُ التقوى، كما أن معصيته أعظم المعاصي، وأكرمُ الخلق على الله من اتَّصَفَ بتقواه.

ص 167

(13) وتمام الآية الثالثة بعدها: ﴿**ومن يتوكل على الله فهو حسبه، إن الله بالغ أمره، قد جعل الله لكل شيء قدرا**﴾. س. الطلاق، 2 ـ 3.

قال تعالى : ﴿ **إنَّ أكرمكم عند الله أتقاكم** ﴾[14].

رزقنا الله تقواه، ومنحنا رضاه، بجاه سيدنا محمد الذي اصطفاه وارتضاه، والسلام من كاتبه أبي القاسم بن خجو .(هـ) .

ومن النوازل المذكورة أيضا بعد كلام ما نصُّهُ :

ص 168

تـنـبـيــه ؛ جميعُ ما تقدم من مَنع قَبول أموال الأُمراء الظَلَمَة الجائرين وأهل الغصب إنما ذلك في حق من استغنى عنها بغيرها من الحلال فأخذها ليتوسع بها رفاهية؛ وأما من أخذها ليقيم بها بِنْيَتَهُ ليتقوَّى على العبادة ولم يجدْ عنها بُدًّا من غيرها، ومع ذلك أخذ منها مقدار قُوته وكِسوَته وعياله من غير توسع ولا تَرَفُّهٍ فلا أظن أنهم يختلفون في جواز ذَلكَ له؛ على أنه لو سئل عنه من أبى الأخذ لأفتى بالجواز مع هذا الوصف الاضطراري الخ .

مسألـة : في نوازل ابن هلال : وأما من اشترى شيئا من غاصب وهو يعلم غصبه إياه؛ هل يرجع بالثمن على البائع منه الغاصب في الاستحقاق أم لا؟، **قيل** : لا رجوع له لأنه واهب للثمن، قاله الغزالي، وقيل : له الرجوع. **قال الزرويلي** : وهو المشهور، لأنه إنما قصد المعاوضة، وأشار إلى أنه يؤخذ القول الأول من مسألة العبد ينكح من غير إذن سيده وتبين أنه عبد، لا يُتْرَكُ للزوجة من المهر شيءٌ، لا ربُعُ دينار ولا غيْرُهُ إذا ردَّ السيد نكاحه بعد البناء(هـ) .

قلت : في الزرقاني على قول المختصر : « ينعقدُ البيع بما يدل على الرضى وإن بمعاطاة »[15] **ما نصه** : يجوز للشخص شراءُ سلعة لا يَعلم صحة

(14) وأولها : **﴿ يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا، إن أكرمكم عند الله أتقاكم، إن الله عليم خبير ﴾** . س . الحجرات، 13

(15) وذلك في أول باب البيوع، وهو بداية النصف والجزء الثاني من متن مختصر الشيخ خليل رحمه الله.

ملك بائعها . . . إلى أن قال : وأما ما علم عدم صحة ملك بائعها فلا يجوز شراؤها، ولاكن له الرجوع بالثمن إذا استُحِقَّ من يده على المشهور، نظرا لسبق ظلم البائع؛ لبيع ما ليس في ملكه، فهو أحق بالحمل عليه، ولم يُنْظَرْ لعلم المشتري بعدم ملك البائع لتأخره عن البائع، إنتهى .

وقال أيضا عند قول المتن في الاستحقاق : « لا إن قال داره »[16] **ما نصه :**

وأما عَكْسُ كلام المصنف وهو ما إذا علم المشتري عدم صحة ملك البائع فالمشهور أن له الرجوع بثمنه حيث استُحق من يده، لأنه إنما قصد المعاوضة . . الخ، وسلَّمه له مُحَشُّوهُ، أُنظره .

وسئل العلامة المحقق السجلماسي عن رجل ربط فرسه يرعى قُرب فدادين لأناس، فلما قَرُبَ الليلُ جاء إليه فوجده ميتا، وأثر ضربة جنوي أو سكينة في كرشه، فادعى على أرباب الفدادين بأنهم الذين قتلوه لأنهم كانوا في فدادينهم والفرسُ بقربهم، فتحاكموا لبعض قضاة البلد فحكَم عليهم بغرمه **-بعد يمين كل واحد منهم على نفي القتل عن نفسه - قائلا لهم :** إن لم تقتلوه أنتم فالذي قتله عرفتموه، وشبَّهَهَا لهم بمسألة، وهي : إذا كان قومٌ في بيت فَسُرِقَتْ منه حاجةٌ لبعضهم، إن عليهم الغرم بعد أيمانهم، فهل ما ذكره هذا القاضي صحيح وله مستند أم لا؟، وكيف إن شهد بعضهم على بعض بقتله؟ .

(16) وذلك في أواخر الفصل المتعلق بالاستحقاق وأحكامه، من باب الغصب، والذي بدأه بقوله : فصل، وإن زرع فاستُحقَّت (الأرض المغصوبة أو المعتدى عليها)، فإن لم ينتفع بالزرع أُخذ بلا شيء، وإلا فله قلعه إن لم يفت وقتُ ما تراد له، وله أخذه بقيمته على المختار، وإلا فله كراء السنة . .الخ .
وقوله هنا « لا إن قال داره » عبارة مستثناة من حالات رجوع المدعي المستحق للشيء على المدعى عليه المستحق منه) أي لا ينتفي رجوع المشتري على بائع الشيء المستحق بثمنه الذي بيع به إن قال المشتري حال قيام المستحِق : هذه دارُه (أي البائع)، لأن هذا لا يفيد علمه صحة ملك بائع . . الخ .

ص 169 **فأجاب : الحمد لله ؛** حُكْم الحاكم على أهل الفدادين بغرم الفرس بعد حلفهم غيرُ صواب، لو ورد النص في مثل النازلة أو هي نفسُها بعدم الغرم إن حلفوا.

ففي المعيار: سئل أبو القاسم التازغدري عمن حمَل حمارا إلى الغابة ليحتطب عليه، فوجد بها رجلين يحتطبان، ثم إن الحمار وُجد مجروحا لا يدري من جرحه ومات من تلك الجراح، فاختلَف فيها الطلبة، وأنتم الملجأ في تعريف الواجب.

فأجاب : لا يَلْزَمُ مَن حضَر الاحتطاب إلا اليمينُ، ولا غرم عليهم إن حلفوا، فإن نكلوا غرموا قيمة الحمارِ لمالكه، وإن حلف بعضهم ونكل بعضهم برئ من حلف، وغَرم من نكَل جميع القيمة. (هـ) بخ في السؤال.

وأيضا ؛ مسألة القوم المدعى عليهم السرقة، ما شَبَّهَ القاضي النازلة بها وحكم بالغرم إلا وهو يعتقد أن ذلك هو الحكم فيها، وليس كذلك.

ففي مختصر نوازل البرزلي أن الإمام المازري رحمه الله تعالى : سئل عمَّن بات مع أضياف في بيت رجل، فلما أصبح ادعى على الأضياف والمضيف لهم أنهم سرقوا له دراهم من عمامته إلى آخر السؤال.

فأجاب : الذي عندي أنهم يحلفون إن كانوا من أهل التهم كلهم بعد أن يحلف أنه ذهب له ما ادعاه عليهم(هـ) .

وفي نوازل سيدي ابراهيم ابن هلال سؤال عن جماعة كانوا على بساط واحد، فأخرج أحدهم كيسا من الدنانير ليشتري خادما فوزن بعضها وقام، فسقط له الكيس ثم جلس، وبعد ساعة طلب الكيس فلم يجده، فادعى به عليهم وأنكروا، فطلب الجميع بغرمه.

قال سيدي ابراهيم مجيبا : لا يجبُ في المسألة إلا اليمينُ على من يليق به ما ادعاه، بخ. فقد اتفقت أجوبةُ الشيوخ الثلاثة على سقوط الغرم

عن المدعى عليهم إن حلَفوا، خلاف ما وقع الحكم به في النازلة... **إلى أن قال** : إن احتمال كون قاتل الفرس من غير أهل الفدادين يُبطل ما وقع من القضاء عليهم بالغرم لقيمته، والقاضي نفسُهُ مجَوِّزٌ لهذا الاحتمال ؛ بدليل قوله : (إن لم تقتلوه) الخ؛ وإذا كان كذلك فكان الواجبُ لا يقضي بالمحتمل المشكوك، لقول ابن سهل فيما نقل عن محمد بن فرَج مَوْلَى ابن الطَّلاع : **أجمع العلماء على أنه لا يجوز للقاضي أن يقضي بأمر مشكوك فيه**. (هـ)، وما ألزم القاضي المحكوم عليهم من معرفة القاتل إن لم يقتلوه، غيرُ لازم، ولو سُلِّم اللزوم فمعرفةُ القاتل لا تستلزم التواطأ معه والرضى بفعله.

وبالجملة؛ لا نعلم لحكم هذا القاضي في النازلة مُستندا صحيحا ؛ وشهادة بعض المدعى عليهم لا تُقبل، لتهمة الدفع عن نفسه، والله تعالى أعلم(هـ).

ص 170 **وسئل أيضا عن المرأة المتزوجة إذا هربت مع رجل، هل** على الهَارب بِها مالٌ لزوجها أم لا؟

فأجاب : لا غُرم على الرجل المذكور للزوج، إذ لم يُفِتْ عليه أيام غيبته عنه سوى الاستمتاع وهو لا قيمة له، بدليل قول المدونة : إن رجع شاهدا الطلاق بعد البناء فلا غرم عليهما، وقولها في مُتَعَمِّدَة إرضاع مَن يوجب رضَاعُها فسخَ نكاحها : لا صداق عليها. فإذا كان مَن حرَّم المرأة على زوجها بالطلاق أو للأبد لا يلزمه أداءُ مالٍ له، فأحْرَى الرجلُ المدعى عليه في النازلة، بل لو قبض منه شيئا وجب عليه رده.

ففي الدرر المكنونة : سئل أبو الفضل العقباني عن رجل هربت زوجتُه مع آخر لموضع لا تناله فيه الأحكام، وبعد نحو عامين عمد الهارب إلى الزوج بالفداء، فأشهد على نفسه أنه مهما صالح فهو غير ملتزم له، وبعد إشهاده وكَّلَ من يطلقها على مال فرجع الهارب بها.

فأجاب : للزوج أخذُ زوجتِه، ولا يلزمُه الطلاق مع الاستحفاظ المذكور، ويردُّ العوض على من أعطاهَ، وعلى الزوج الثاني على سوء صنيعه الضربُ الوجيعُ والسَّجن(هـ) .

فظهر بهذا أن ليس على الهارب إلا الأدبُ؛ وما تقولُهُ العامة أن عليه لزوج المرأة مثل صداقها أو يتزوج به غيرها، كلامٌ لا أصل له، هذا كله مع ثبوت الدعوى المذكورة، فكيف وصاحب النازلة المسؤول عنها منكرٌ، مثبتٌ تجريح الشهود الذين شهِدوا باعترافه، فلم يبق إلا مجرد الدعوى، وهي وحدها لا توجِبُ حتى اليمين، إذ ليست بمال ولا آئلة إليه، والله أعلم(هـ) .

وسئل أيضا عن رجل أجنبي من امرأة مات زوجها، يدخُلُ عليها في خيمتها ويتحدث معها، وينظر كل منهما الآخر من غير حجاب ولا ستْر، وربما اختلى بها في أوقات التهمة.

هل يحل لهما ذلك ويُتركان أم لا؟، ويؤمَران بالافتراق ؛ سيما في هذا الزمان الذي جُلُّ أهله قبيحٌ الخ .

فأجاب : **الحمد لله** ؛ لا يحل للرجل المذكور الدخولُ على المرأة في خيمتها، ولا النظر إليها والتحدثُ معها، ويجب على الحاكم نهيهما وزجرهما، وإن ثبت الاختلاء بها وجب تأديبهما.

قال ابن فرحون في تبصرته: وسئل، - لعله يريد مالكا -، عن الرجل يوجد مع المرأة في بيت واحد وهما متهمان، فقال: يُضربان ضربا جيدا وجيعا(هـ). وفيه كفاية، والله أعلم.

ص 171 **وسئل أيضا عن رجل ادعت عليه امرأةٌ أنه دخل عليها في الخيمة التي هي بها ووطئها كرها منها فأزال بكارتها وذلك قبل صلاة العشاء**، ولم يُعلم ذلك إلا من قولها، ولم ير أحدٌ الرجل دخل عليها ولا حام حولها ولا كانت وقت ادعائها متعلقة به، هل يؤاخَذُ الرجل بقولها وتُصَدَّقُ في دعواها.

فأجاب : الحمد لله، والله الموفق: إنه إذا كان الأمرُ كَما ذُكِر فلا شيء على الرجل المدعى به، ولا يؤاخَذُ بإقرارها، فلا يجب عليه حدٌّ ولا صَداق وإن لم يكن معروفا بصلاح الحال. **ففي الحطاب عن الإكمال**: لو ادعت امرأةٌ بمثل هذا على أحد من المسلمين حُدَّت له للقذف، وكذّبناها ولا تُقبل دعواها، ولم يَلحقه تباعة بقولها، إلا أن تأتي متعلقة به تدْمي مستغيثة حالها، وكان ممن لا يشتهر بخير ولا عُرِف بزكاء، وأما إن جاءت متعلقة بمن لا يليق به ذلك فلا شيء عليه(هـ).

وقال ابن رشد في المقدمات : من استَكره أمة أو حرة فوطئها فعليه في الحرة صداق مثلها، وفي الأمة ما نقصها، وهذا إذا ثبت الوطء ببينة أو بإقراره وادعت هي ذلك مع قيام البينة على غيبته عليها، وأما إن ادَعت أنه استكرهها ولا بينة لها، فإن كان رجلا صالحا لا يليق به ذلك ولم تأت متعلقة به فلا خلاف أنه لا شيء على الرجل، وأنها تحد له حدَّ القذف، وحدَّ الزنى إن ظهر بها حمل، وإن أتتْ متعلقة بالصالح سقط عنها حد الزنى، لما بلغت من فضيحة نفسها، وتحَدُّ حد القذف، وإن ادَعت ذلك على فاسق ولا تأتي متعلقة فلا تحد له حد القذف، ولا تُحَدُّ حدَّ الزنى إن لم يظهر بها حمل ولا صداق .(هـ) بخ على نقل المواق.

وقال الزرقاني بعد أن ذكر أنه لا صداق لمدعية الاستكراه على واحد من الثلاثة يعني الرجل الصالح والفاسق والمجهول الحال ما نصه: لأن ما ذكرتْهُ إقرارٌ على نفسها وعلى المدعى عليه، فلا يؤاخذ بإقرارها عليه.

وأيضا فقد ذكر ابن رشد في رواية عيسى عن ابن القاسم أنه لا صداق لها فيما ادعته على فاسق وتعلقت به، فأولى إن لم تتعلق به، وأولى على مجهول الحال.(هـ).

فإذا كان لا يجب لها الصداق بدعواها على الفاسق مع التعلق لم يجب الحد والتعزير الذي هو أشد من المال من باب أولى، وسواءٌ كان الرجل

صالحا أو فاسقا في النازلة، وعدم التعلق بالرجل، وكون ذلك في وقت العشاء وقبل نوم الناس وفي الخيمة وهي مجاورة للخيام التي عن يمينها وشمالها، ولم يُسمع لها صياح ولا استغاثة حتى وقع ما وقع، كل ذلك يدل على كذبها في دعوى الاستكراه، وإذا كُذِّبت أمكَنَ كذبها في تعيين الرجل الذي ذكرت، فيحتمل أن تكون هي مكَّنت نفسَها مَن فَعَلَ بها ذلك وسَترتْه، ورمت الرجل الذي عيَّنت، لأمر حملَها على قصد ضرره وإذايته.

وبالجملة؛ لا يجب لها على الرجل بمجرد قولها شيء لا في نفسه ولا في ماله، والله سبحانه أعلم.

وأجاب أيضا عن نازلة تشبه التي قبلها بجواب، نصه :

قال ابن رشد: إذا ادعت المرأة على مُشَارٍ إليه بالفسق افتضها ولم تأت متعلقة فلا يجب عليه حد القذف ولا حد الزنى، وينظر الإمام في أمره ويسجنه، ويتجسس عن أمره، ويفعل به ما ينكشف به أمره، فإن لم ينكشف أمرُهُ عن شيء استُحلف. (هـ) وبعضه بالمعنى.

فكما استحق المشارُ إليه بالفسق هنا السجن بمجرد الدعوى من المرأة كذلك لا يبعد إباحة الرَّفع للحاكم في حق هذه المرأة، فلا تكون متعدية بتقدير أن تكون هي رفعت أمرها، لاسيما وقد نقل البرزلي عن ابن عرفة أنه كان يتسهَّلُ رفع المعروف بالظلم إلى حاكم الفحص، والغالب أن من وصل إليهم لابد أن يغرم مالا. (هـ) بخ. فهذا يؤيد ما ذكرنا، والله أعلم.

ص 172

نوازل الاستحقاق[1]

كلُّ ما قلت فيه في هذا الباب: وسئل -هكذا بالبناء للمجهول من غير تعيين المسؤول- فالمرادُ به العلاَّمة المحقق السجلماسي أبو عبد الله؛ سيدي محمد بن أبي القاسم شارح العمل الفاسي، فإن جل هذا الفصل منقول من نوازله التي جمعها تلميذه سيدي محمد الطاهر بن سيدي محمد المصلي وعَرَضَهَا عليه فسَلَّمها له، رحمهم الله جميعهم، وحشرنا بمنه وكرمه في زمرتهم.

وسئلت عمن باع أمة بمراكش ثم استحقها بفاس على أنها ابنتُه، ووُجدت أوصافُ الأمة التي في رسم الشراء هي الأوصاف التي في رسم الاستحقاق، وأوصاف البائع هي أوصاف المستحِق، ما الواجب في ذلك؟.

فأجبت: الحمد لله، حيث كانت أوصاف الأمة في رسم الشراء هي الأوصافَ التي في رسم الاستحقاق بعينها، والأوصاف التي في البائع هي الأوصاف التي في المستحق، تعَيَّن أن بائعها هو المستحق لها قطعا، ولا عبرة بمخالفة الإسم، لأنه فعل ذلك لتكمل له الحيلة فقط، فباعها بمراكش على أنها أمَتُهُ وسماها باسم، واستحقَّها بفاس على أنها بنته وسمَّاها باسم آخر ليصحح بذلك قوله. **ولاشك أن ذلك من حيل الفجار**، وأن المعتبَر هو من

ص 173

وُجدَت فيه تلك الأوصاف، ولا عِبرةَ بالإسم؛ وعليه فإن صَحَّت بينة

---

[1] سبقت الإشارة في الهامش 15 من نوازل الغصب والتعدي إلى أن الشيخ خليل رحمه الله عقد له فصلا خاصا من باب الغصْب، قال في أوله: «فصل، وإن زرع فاستُحقَّتْ».. إلى آخر أحكام الاستحقاق التي تناولها في هذا الفصل وفي غيره من أبواب وفصول أخرى.

كما عقد له في منظومة التحفة فصلا جاء في الأبيات الأولى منها قوله:

المدعي استحقاق شيء يُلزم .·. بينة مثبتة ما يزْعُم.

من غير تكليف لمن تملكه .·. من قبل ذا، بأي وجه ملكه... الخ.

الاستحقاق فيجب عليه ردُّ الثمن الذي قَبضه من المشتري، ويؤدَّبُ على ما فعله من بيع ابنته الحرة ؛ وإن لم تصحَّ فلا كلام له.

قال الشيخ التاودي في أجوبته: من المقـرَّر المعلوم أن الشاهد إذا لم يكن يعرف المشهود عليه شهد على عينه وحلْيَته، بحيثُ يكون المعوَّل عليه إنما هو من وجدت فيه تلك الأوصاف، وهذا مما ليس عندهم فيه خلاف؛ وعليه فمَن وُجد بتلك الأوصاف والحلْية التي حلاَّه بها الشاهد يُحكم عليه بمقتضى الشهادة وإن لم يوافق الإسم الخ، والله أعلم، قاله وكتبه المهدي لطف الله به.

وسئلت عمن ادَّعى على غيره أنه مجاور له في أرضه فترامى له على طرف من بلاده وأدخله في أرضه، والحدُّ ظاهر شهد به أرباب البصر أولا وثانيا وثالثا يطلُبُ منه أن يسلِّم له ما شهد به أربابُ البصر ويَرُدَّ له ما أخذه، أو الجواب بما يظهر له، **فأجابه المدعَى عليه بعد حَصْر دعواه فيما ذُكرَ بإنكار الترامي على بلاده أو الأخذ منها**، وإنما يتصرف في حَوْزه وملكه، **وعن خروج أرباب البصر فإنه لا علم له بذلك**، فحكم القاضي على المدعَى عليه بأن يأتي ببينة تشهد له بأنه كان يتصرف في الموضع المتنازَع فيه دون المدعي الخ، فأدلى بها، فبحث فيها بعض أهل العصر.

فأجبت : **الحمد لله**، حيث كان بيد المدعي بنيس شهادةُ أرباب البصر على المحل المتنازع فيه، وبيد المدعَى عليه الصفّار بينةُ اللفيف مستفسَرة بمعرفة هذا المحل وأنه ملكه فلا إشكال في تقديم بينة الصفار وإعمالها، وإلغاء بينة بنيس وعدم اعتبارها، **إذ لا يُعمل بقول أرباب البصر إلا عند عدم وجود البينة الشرعية، أما إن وُجدت فلا يُلتَفَتُ إليهم ولا يعمل بقولهم.**

قال في البهجة: وإن تداعياه، أي الجدار، فادَّعاه كل لنفسه ولا بينة لواحد منهما فالقضاء يكون لمن شهد له به العرف وهو ستة؛ العقود، والبناء

عليه، والباب، والغرز، والكوة، ووجه البناء. **ثم قال**: فمن وُجدت هذه الأشياءُ أو بعضها إلى ناحية قُضي له به إذا لم تَقُم بينة للآخر، وإلا فالاعتمادُ على البينة ولو وجدت هذه الأشياء جميعُها(هـ).

وقال أيضا -بعد أن نقل عن المكناسي أن القاضي يَشترط على أرباب البصر أن لا يحكموا في حائط، وإنما يصفونه فقط - **ما نصه**:

ص 174 **قلت**: وكذالك الواقفون منهم على الحدود في الأرضين والأجِنَات ونحوها، حَسْبُهُمْ أن يصفوا، لأن أرباب البصر ممن لا علم عندهم في الغالب، فقد يستندون إلى دلائل ضعيفة لا تُعتبر شرعا، أو معتبرة لاكنهم يأخذونها على غير وجهها، فلذا وجب أن يذكروا الدلائل التي استندوا إليها من كون العقد والقُمُط ونحوهما لناحية كذا؛ ومن كون الحاجز في الحدود هو كذا؛

أما قَبول قولهم: (ظهر لنا أن الحائط لفلان، أو أن الأرض لفلان مطلقا من غير بيان) كما عندنا في هذا الزمان فمن **الاستخفاف الذي لا يختلف فيه إثنان**(هـ).

وقال الشيخ التاودي على قول التحفة:

وإن تداعياه فالقضاءُ .·. لمن له العقود والبناء - ما نصُّهُ:

وهذا كله عند عدم البينة الخ.

وبعد أن قرره اليزناسني بهذا زاد: أن مثله إذا قامت لكل منهما بينة وتكافأتا، **ونصُّهُ**: إنما يكون الحكم هذا عند عدم البينة أو تكافُئِهِمَا.

فظهر أن ما استظهر به بنيس المذكورُ لا يُعمل به، لوجود البينة الشرعية بضده.

ومما يزيده توهينا وضعفا أيضا أن شهادة أرباب البصر إنما يُعمل بها مع اليمين على من شهدت له، بخلاف بينة اللفيف فإنها مُنَزَّلة منزلة عدلين فلا يمين معها.

قال اليزناسني في شرح التحفة: ظاهر كلام المصنف أنه يُقضَى بالحائط لمن إليه العقود من غير يمين، وهو بناء على أن شاهد العرف يقوم مقام شاهدين، **وقيل**: لا يُقضى له بذلك إلا بعد يمينه، بناء على أنه يقوم مقام شاهد واحد، وهو الذي اقتصر عليه الشارح في النقل. (هـ).

ونصُّ الجزيري: إذا تنازع رجلان في حائط ولا بينة لهما ولا لأحدهما قضي به لمن له العقود والقُمُطُ مع يمينه (هـ).

فظهر بهذا الذي قررناه وبكلام الأئمة أيدناه بطلان قول من أفتى بتقديم أرباب البصر على البينة الشرعية، زاعما أن مجرد النزاع وإرسال القاضي أرباب البصر لتعيين الحدود والوقوف عليه يُبطل ملكية المدعى عليه، فإنه لا قائل ببطلانها بذلك، وكان من حقه أن يؤيد ما قال بنصوص الأئمة، فإن الفتوى إنما تكون بالراجح لا بكثرة اللغط والهدر من غير إتيان بحجة ولا نص معتبر.

وكذا بحثه أيضا (بأنَّ اللفيف أسقطوا كون المشهود به لم يَخرج عن ملكه في الاستفسار، مع أنهم ذكروه في الأصل الخ) **غيرُ سديد**، بل هو غلط فاحش، لأن القاضي إنما كلَّف المدعى عليه بإثبات أنه كان يتصرف في الحد لا غير، ليتحقق ما أجاب به عن المقال من كون ذلك المحل في ملكه وحوزه، (ص 175) وقد أثبت ذلك باللفيف حيث قالوا: يتصرف فيها تصرف المالك وذي المال الصحيح في ماله الخ. والمفتي بحث في هذا الإثبات بأن الشهود لم يذكروا في الاستفسار كونها لم تخرج عن ملكه الخ، فإثبات التصرف المحكوم به على المدعى عليه في ناحية، والبحثُ فيه في ناحية أخرى.

وإيضاحه أن شروط الملك خمسة كما أشار إليها في الزقاقية بقوله :

يدٌ نسبةٌ طولٌ كعشْرة أشهر * وفعلٌ بلا خصم بها الملك يُجتلى

ويزاد عليها كون المشهود به لم يخرج عن ملكه في عملهم.

فالقاضي سدده الله إنما حكم عليه بإثبات واحد من الشروط الخمسة وهو التصرف، والمفتي بحث فيه بالشرط المزيد وهو كون الشيء لم يخرج عن ملكه (راحت مُشرقة ورحت مُغَرِّبا[2] .·. البيت.

وكأنه اعتقد أن القاضي حفظه الله حكم على المدعى عليه بإثبات الملك، وحاشاه من ذلك، إذ البينة إنما هي على المدعي بإجماع، واليمين على المدعى عليه بلا نزاع، قال في التحفة :

والمدعي مطالبٌ بالبينــةْ .·. وحالةُ العموم فيه بينــةْ.

وقال أيضا :

المدعي استحقاق شيء يُلْزَمُ .·. بينةً مُثْبِتة ما يَزْعُمُ

وفي نوازل الزرهوني نقلا عن خط المحشي بناني ما نصه :

الحمد لله، الجواب أن المشتريَ المذكور مَقُومٌ عليه، مُطَالَبٌ مُدَّعًى عليه لا مُدَّعٍ، وإذا كان كذلك فهو غيرُ مفتقر لحجة، والحجة إنما يطالب بها القائم عليه الطالبُ له إلى أن قال : وكتب العربي بردلة.(هـ).

وفيها أيضا : وقع الجوابُ عن حائز بلد ادُّعِيَ عليه فيها، ـ هل يكفيه قوله : حَوْزِي وملكي، أو يُكَلَّفُ ببيان من أين صارت له؟ ـ **بما نصه :**

---

(2) شطر بيت يُضرب مثلا لتباين الآراء ووجهات النظر، وتباعُدها واختلافها بين شخصين مثلا، والبيت بتمامه هو قول القائل، كما تقدّم :
راحت مُشرِّقة ورُحتَ مُغرِّبا * شتّان بين مُشرِّق ومُغرِّب.

الحمد لله؛ الحائزُ للبلاد مثلاً يكفيه في جواب القائم عليه قوله : ملكي وحَوزي، ولا يكلَّف ببيان سبب الملك ولا من أين صار له حتى يُثبت القائم الاستحقاق كما يجب، فحينئذ يُكَلَّفُ الحائزُ بالموجبات، **نصَّ على هذا ابن رشد في بيانه ونوازله ومقدماته قائلا**: هذا مذهبُ ابن القاسم وروايتُهُ عن مالك في المدونة، ولا اختلاف في ذلك أحفظه؛ وما قاله ابنُ العطار مما يخالف ذلك فبعيد لا يصح(هـ). والله أعلم. وكتب عبد الكريم اليازغي.(هـ).

ابن سلمون: مَن ادَّعَى في شيء بيد غيره أنه ملْكُهُ فأنكر ذلك الذي بيده، فلا يكلَّف أن يذكر من أين صار له ذلك ولا بأَي وجه تملَّكَهُ، وعلى المدعي إثباتُ تملكه.(هـ). على أن اللفيف لم يُسقطوا تلك الزيادة في الاستفسار، فلعله لم يتأمله.

ص 176

هذا، **وقد ناقض بنيس ما قاله في مقاله بعد حصره في الزيادة التي زادها أخيرا** - من أنه كان يتنازع على الحد في حياة الوالد، ومن سبق منهما إليه يتصرف فيه الخ -، مع أنه ادَّعى في المقال أن المدعى عليهم هم الذين تراموْا له على الحد الخ ؛ فمقتضَى المقال أنه كان هو الحائز للحد دائما حتى ترامى عليه المدعى عليهم الآن؛ ومقتضَى الزيادة أنه لم يكن الحد محوزا بيده دائما، بل تارة وتارة، **ومعلومٌ أن من ناقضَ قولَه سقطت دعواه وحُجته**.

ففي نوازل الشريف العلمي ما نصه: وجدت بخط بعضهم ناقلا عن التوضيح: إذا انتقل الخصم من دعوى لأخرى تُباينها سقطتْ دعوياه معا(هـ).

ثم إن الزيادة في المقال بعد حصره لا تجوز من أحد كائنا من كان ولو بالقرب، فأحرى بعد ثلاثة أشهر ونحوها، وإلا لم تكن فائدة لحصره.

ولما قال في التحفة :

لأنه أضبطُ للأحكام .·. ولانحصار ناشِئ الخصام.

كتب عليه في البهجة ما نصه :

فَيُفهم منه أن فائدته هو انحصاره، وأنه إن زاد وانتقل بطلت دعواه، وهو كذلك .(هـ)، وعليه فلا تقبل الزيادة أصلا، والله أعلم . قاله وكتبه المهدي لطف الله به .

وسئلت عمن استحق بغلة ببينة لفيف، فأخذ المستحَقُّ منه نسخة منها للبحث .

فأجبت عنها :

الحمد لله، البينة أعلاه باطلة لأمور :

منها أنها مخالفة لما قاله المدعي في المقال، وذلك مانع من قبولها حتى تشهد بالصفة التي قالها المدعي من غير زيادة ولا نقصان، لقول التحفة :

المدعي استحقاق شيء يُلْزَمُ .٠. بينةً مُثْبتة ما يزعُمُ

أي يلزم مدعي الاستحقاق أن يأتي ببينة شاهدة بما يزعمه ويدعيه من الأوصاف، وقد نصَّ ابن الناظم على بطلان الرسم وانحلاله بمناقضة قول المشهود له لنص ما شُهِد له به، ونقله غير واحد وسلَّموه،

ومنها خُلُوُّها من مستند العلم، وهذا أمر لازم إلا في شهادة أولي العلم .

قال الشيخ الرهوني في حواشيه : وبالفرق بين العالم وغيره في مستند العلم جرى العمل .(هـ)، **وقال في البهجة**: كيف يقُولُ منصف بقبول شهادة الجاهل مُرسَلة، **ولذا اقتصر ابن فرحون في مراتب الشهادة على أن غير العالم بما تصح به الشهادة لابد من سؤاله عن مستَند علمه**، ونحوُهُ في الطرر والمعِين والمتيطية الخ .

ص 177

ومنها: التناقضُ الكثير، لأنه قال في المقال: خضراء، والشهود قالوا: كأنها خضراء تغبَّر شعرها، وأرباب المعرفة قالوا: زرقاء حميرية الخ، وكذا في رسم شرائه أنها ثنية السِّن. **وفي الشهادة التي أدلى بها أنها رَباعية. وفي شهادة أرباب البصر أنها جامعة**، ولا يخفى على أحد أن التناقض من مبطلات الرسوم، لاسيما إذا كَثُر كما هنا.

والحاصلُ أن هذا المدعي لا يمكَّنُ من هذه البغلة قطعا، لأنه ادعى في المقال أن البغلة التي ألفاها بيد المدعَى عليه خضراء، وأربابُ البصر شهدوا بأنها زرقاء حميرية، فلا يجوز شرعا أن يدَّعي بشيء ويُعطَى شيئا آخر غير ما ادعى به، والله أعلم، قاله وكتبه المهدي لطف الله به.

وأجبتُ **عن نحو النازلة بما نصه**:

الحمد لله، الشهادةُ أعلاه لا يثبت بها الاستحقاق لأمور:

أحدها ما احتوت عليه من الاضطراب والتدافع الموجب لإلغائها وعدم الاعتداد بها، وذلك أن الذي ذكره المدعي في المقال أنه ألفى البغل بيد سيدي محمد بن النادي، والبينة أعلاه شهدت بأنه ألفاه بيد سيدي النادي الخ، وفي الاستفسار أنه ألفاه بيد سيدي التاودي الخ، فدلَّ ذلك على كذب هؤلاء الشهود، وأنهم لا يعرفونه حق المعرفة.

والحاصل أن الشهود حيث قالوا في الأصل: سيدي النادي، وفي الاستفسار: سيدي التاودي، فهذه مخالفة بين الأصل والاستفسار موجبةٌ لبطلان شهادتهم. وأما المدعي حيث أدلى بهذا الرسم فهو قائل به، فيكون في كلامه تناقض موجب لإلغاء قوله، وهذا كله معروف لا حاجة إلى التطويل بنقله.

ثانيها أن بيد المدعَى عليه ملْكيَّة البغل بجماعة من العدول، **ومن المعلوم أن بينة العدول مقدَّمة على بينة اللفيف.**

ثالثها: بينة المدعَى عليه شهدت بالنِّتاج فهي مقدَّمةٌ عنده على غيرها أيضا كما هو معلوم أيضا.

والحاصل أن البغل يبقى بيد المدعى عليه ولا شيء فيه للمدعي، إذ على تقدير أن بينته عدلية فتقدَّم عليها بينة المدعى عليه لترجيحها بالحوز، والله أعلم؛ المهدي لطف الله به.

وسئلت عمن ادَّعى على غيره في دار بأنها مِلْكُهُ، فأجابه المدعى عليه بالحوز والملك، وأنه اشتراها من المدعي صفقة عنه وعن أخواته، فأنكر المدعي الشراء وطلب نسخة منه، فمنعَه القاضي من النسخة حتى يأتيه بحجة على أنه يستحق النسخة، فأجَّلَهُ للإتيان بها فلم يأت بشيء، فحكَم عليه بإبطال دعواه وعجزِه.

فأجبت : الحمد لله، حيث أجاب المدعَى عليه عن المقال بأنه يملك

ص 178 الدار بالشراء من المدعي كان من الواجب أن يكلَّف بإظهار رسم الشراء للمدعي ويُعْذَرَ له فيه، ولا يُكتفى حينئذ منه بالحوز والملك، إذ من الجائز أن يأتي بمطعن في ذلك الشراء إذا أعذر له فيه، بأن يكون بينه وبين شهيدي الشراء عداوةٌ، أو بينهُما وبين المشهود له قرابةٌ، أو تكون الشهادةُ وقعت على البائع كرها، أو غير ذلك مما يظهر بالإعذار للمدَّعي وتمكينه من الطعن فيه. **وأما الحكم على المدعي** قبل الاطلاع على رسم الشراء وأخذه نسخة منه ليأتي بما ينفعه فغير نافذ، لأن الذي به العمل إعطاءُ نسخة من كل ما يَستظهر به الخصم، ووجهُهُ ظاهر، لأنه داخلٌ في الإعذار الذي لا يتم الحكمُ إلا به.

هذا، وأما تأجيل القاضي سدده الله المدعي للإتيان بحجة على إعطاء النسخة من رسم الشراء فسهوٌ، إذ لا يُحتاج إلى حجة، لأن النسخة واجبة له شرعا حسبما نص عليها غير واحد من المتأخرين، **وعليه فالحكم المبني على عدم الإتيان بها لم يصادف محلا. ففي نوازل المحقق الزرهوني ما نصه:**

وقع السؤال عمن طلب نسخة من شهادة الأطباء المنتصبين للشهادة، هل يجاب لذلك أم لا؟، فوقع الجواب بأن الخصم إذا طلب من خصمه أن يعطيه الرسم الذي قام به عليه، كان شهوده عدولا أو لفيفا أو أطباء لينسخه، ثم يسأل العلماءَ عن نازلته، أو ليتأمل ما شُهد به عليه، فإنه يجاب لذلك ويُحكم له به؛ **قال ابن الهندي**: جرى العملُ عندنا في هذا الوقت بإعطاء النسخ كلها صغيرها وكبيرها .(هـ). نقله المتيطي، وأغفله ابن عرفة مع سعة حفظه، والكمال لله، والله أعلم، وكتب بدر الدين الحسني لطف الله به.

وبعْدهُ: **الحمد لله**؛ ما رُسِم أعلاه، - من أن المعمول به إعطاءُ النسخ كلها كيفما كانت -، صحيحٌ، يدل لصحته واستمراره ما قاله أبو علي في حواشي التحفة بعد ما نقل كلام المتيطي، **ونصُّه**: وكأنَّ صاحب التحفة وشارحها وابن عرفة لم يقفوا على هذا، وكأن العمل عندنا اليوم على ما قاله ابن الهندي، لأننا رأينا أشياخنا الذين تولَّوْا القضاء لا يُفَصِّلون تفصيل صاحب التحفة في هذا، ومن تولى القضاء بان له أن هذا أولى، فافهم .(هـ). **ونقله أيضا أبو حفص الفاسي وابن سودة في شرحه للزقاقية عن التبصرة**،

وعليه فقول التحفة :

وكلُّ ما افتقر للتأمل .·. فالحكمُ نسخُهُ وضرب الأجل

يُحمل على عمومه، فيتناول المقال وغيره مما يستظهر به المدعي من البينات.

ص 179 وفي اللامية: واحكُمن لخصم برسم لانتساخ .·. الخ، والله أعلم. وكتب العربي الزرهوني تغمده الله برحمته آمين(هـ)، والله أعلم، قاله وكتبه المهدي لطف الله به.

وسئل العلامة المحقق السجلماسي عمن اشترى عبدا ثم استُحِقَّ من يده، ثم إن المستحق من يده ذهب بالعبد لمن اشتراه من عنده لأنه اختارَ الرجوع على

بائعه ولم يُرِدْ الخصام، فلما وصل إلى الذي باعه له وفي يده نسخةٌ من رسم الاستحقاق عَرفه وأقر ببيعه له، **وقال** : أنا قد اشتريته من رجُل قال : إن العبد عندي زيادة مولوداً، وأقام بينة على كونه زيادة مولودا، وحلف يمين الاستحقاق، ثم إن العبد المذكور هَرَب من المشتري الأخير الذي استُحِقَّ العبدُ في يده بذكره، فقال له المستحق : لم يهرب، فهل القول قوله بأنه هرب أم لا؟، وإذا كان القول قوله فهل يكلّف باليمين أم لا؟، وإذا قلنا : لا يُقبل قوله فهل يكلَّفُ بالبينة أن العبد قد هرب؟.

فأجاب : **الحمد لله**، إن القول قول المستحَق منه مع يمينه أن العبد قد هرب، ما لم يتبين كذبه، إذ العبد مما لا يغاب عليه؛ **قال ابن رشد** : الأشياء المقبوضة من أربابها على غير وجه الملك، إن قُبضت لمنفعة القابض خاصة كالعواري والرهن فالقابض ضامن لما يُغاب عليه، إلا أن يقيم البينة على التلف، ومُصَدَّقٌ فيما لا يغاب عليه أنه قد تلف مع يمينه، إلا أن يتبين كذبه.(هـ)، بنقل الحطاب. هذا لو لم يأت الذاهب بالعبد بما يُبطل استحقاق المستحِق، وأما حيث أتى بذلك فلا يحتاج إلى يمين، لظهور أن الملك له بعد الإعذار للمستحق والعجز عن الدفع في شهود الملك الأول.

ففي مسائل ابن الحاج رحمه الله – فيمن استحق فرسا تعددت فيه البياعات، فاختار كلُّ مشتر الرجوعَ على من باع منه، فأثبت البائعُ الأولُ ملكيته للفرس قبل التاريخ ملك المستحق – أنه ينبغي أن يُعْذَر إلى المستحِق فيما ثبت، فإن عجَز عن الدفع كان على الذي شُهد له بالملك القديم أن يحلف يمين القضاء، فإذا ثبت عَقده وحلَف ثبتت البِيَاعات كلها.

ونزلت هذه المسألة عند القاضي أبي الوليد ابن رشد وكانَ العَقْدُ الذي ورَدَ بالملك القديم من اشبيلية نقَصَ منه اليمين، فحكم بإعماله وردٍّ القيمة إلى واضعها وإبقاء الفرس بيد المستحق منه وإرجاء الحجة للمستحق في الإعذار في العقد وطلب اليمين وغير ذلك من منافعه(هـ) بخ.

وقال أيضا في المستحَق منه يذهب بالدابة بعد وضع قيمتها فلم يَقْدَمْ حتى حُكِم للمستحق بالقيمة : إن قدم وقد ثبت للبائع منه فيها ملْكٌ أقدَمُ من ملك المستحق أو نِتَاجٌ بطل الاستحقاق، فيأخذ القيمة من المستحق وتبقى الدابة بيده على ما كانت.(هـ) مختصرا.

ص 180

ومما وقع السؤال والبحث عنه في هذه النازلة - مما لم يذكر في السؤال أعلاه - أنه إذا حضر بائع العبد فمن أُلْفِيَ العبد بيده وأراد أن يتولى الخصام مع المستحق مستظهِرا بما ثبت من رسم اشترائه ممن ثبت ملْكُهُ السابق في العبد، هل يُمكَّن من ذلك أم لا حتى يوكله المشهود له بالملك القديم؟.

والجواب أنه يمكَّن من الخصام إذا أراده، وتُسْمَعُ حُجته ولا يحتاج لتوكيل، لأنه إنما يخاصِمُ لحق نفسه، ولولا أن الخصام من حقه لم يُخَيَّر عند الرجوع عليه بالثمن بينه وبين الرجوع على بائعه، وبالله التوفيق.

وسئل عن نازلة تظهر من الجواب.

فأجاب : إذا أثبت معترف العبد موجِب استحقاقه وتعذَّر عليه رده إلى البلد الذي وقع فيه التحاكم، ووضعُ القيمة لشدة الخوف في الطريق بحيث يخاف المستحق ووكيلُه على أنفسهما الموت وعلى العبد الغصبَ لم يجب عليه رده، ويكفيه بعثُ رسم الاستحقاق واليمين في أخذ القيمة الموضوعة عن إحضار ذات العبد، بل ظاهر فتوى القاضي أبي الفضل العقباني أن إحضاره لا يجب مع الإمكان والأمن، فكيف مع التعذر واشتداد الخوف على النفوس والأموال في الطريق.

ونصُّ المقصود من فتوى القاضي المذكور: إذا كان الثُبوت واليمين وقعا في القضية بالشيء المثبت لمثبته فليس عليه أن يحمله إلى المستحَقّ من يده ليرجع على من باع منه، وليس للقاضي ولا للمستحَقِّ منه حبسُ القيمة إلى عود الشيء المستحَق إلى يده، بل يجب صرف القيمة على المستحِق مع

ثبوت الاستحقاق، إذ لم يكن الوقْفُ إلا تقيةَ أن يُحْبَسَ الشيء المدعى من غير أن يعْملَ موجب حبسه، أما إذا عمِل الموجِب فلا سبيل إلى التمسك بالقيمة، بل يجب صرفها إلى ربها. (هـ) باختصار يسير في آخره، وفيه كفاية، وبالله التوفيق.

وسئل عن رسم، مُضَمَّنُهُ : **الحمد لله**، يَعرف شُهُودُه فلان بن فلان الفلاني معرفة تامة، ويشهدون بأن له وبيده جميعَ البَكر من الإبل، اشتراه من فلان بن فلان، وفلانٌ البائع له اشتراه من عند فلان بن فلان المالك له بالزيادة عنده الخ.

ص 181 **فأجاب** : **الحمد لله**، لا يتم للمشهود له بالمحوَّل استحقاق البَكر إلا بيمينه ويمين البائعين قبله. **ففي طرر ابن عات**؛ أنظر هذا المستحق – يعني للدابة – لو أثبت الملك فيها لمن باعها منه أو لمن باعها ممن باعها منه، أو كثُرت المُلاَّك لها وثبت الملك فيها إلى الأول، من يحلف يمين القضاء؟.

فوقع في الثاني لابن سهل في مملوك تداعاه رجلان أنه يحلف الذي ثبت له الملك ومَنْ بعْدَه، فإذا حلفوا كلهم وجب القضاء لمستحقه. (هـ).

فمفهوم هذا الكلام أنهم إذا نكلوا أو بعضُهُمْ لم يُقْضَ به للمستحِق، والله أعلم(هـ).

قلت : **لفظ ابن سهل هذا** نقَلَه حتى ابنُ سلمون في الكُراس الحادي عشر؛ ولفظُهُ: فإن ثبت ذلك لمن باعه ممن باعه من مستحقه فلابد أن يحلف الذي ثبت له ومَن بعده، فإذا حلفوا كلهم يمين القضاء فحينئذ يُحكَم به لمستحِقه، ذكر ذلك ابن سهل(هـ).

وسئل عن رسم، مُضَمَّنُهُ: **يعرف شهودُه فلان بنَ فلان معرفةً تامة عينا واسما**، ويشهدون مع ذلك أن له وبيده وعلى ملكه جميع الحمارة، وصْفُهَا كذا، اشتراها من رجل اسمه كذا فيما مضى وسلف بنحوِ كذا، واستمَرَّ

مِلْكُه عليها منذ اشتراها من غير منازع ينازعه فيها إلى أن سُرِقت له في وقت كَذا وحَلَفَ يمين الاستحقاق، إلا أن القاضي قال في خطابه: أدَّى الشاهدان الناقلان بمضمَّنه الخ، هل يفيد ماسكَهُ شيئا أم لا ؟

فأجاب : **الحمد لله**، الرسم المنتسخ أعلاه لا يوجب القضاء للقائم به باستحقاق الحمارة المشهود بها، لعدم تأدية الشهود شهادتَهم بأنفسهم عند القاضي، وقد نقل في الدُّرِّ النثير عن الشيخ أبي الحسن أنه لا يجوز للقاضي أن يكتفي من العوام بمطلق الأداء اعتمادا على عدالة الكاتب ونباهته، لأنه على هذا التقدير يكون معتَمدا على تلقي الكاتب من الشاهد لا على تلقي نفسه، والمعتبَرُ إنما هو تلقِّيه بنفسه؛ إنتهى الغرضُ.

فظهر أنه لا تتم الشهادة حتى يُخَاطبَ قاضي البلد الذي فيه الشهود بتأديتهم عنده، وإلا لم يُقضَ بالرسم، والله أعلم.

قلت : محل هذا إن لم يكن تلقي الناقلين عن الشهود بإذن من القاضي، وإلا فيكفي تلقِّي الناقلين منهم عن الأداء عنده لأنهما نائبان عنه، والأداء عندهما كالأداء عنده سواء، فلا فائدة في الأداء عنده، إذ لا يكون مرتين كما هو معلوم حسبما في الفائق وغيره، تأمله، قاله المؤلف حفظه الله بمنه.

وسئل أيضا عن نازلة تظهر من الجواب.

فأجاب بأن مقيم البينة بالشاة أنها ملكه يحلف يمين الاستحقاق الواجبة عليه على عين الشاة بمحضر العدول في مقطع الحق حيث تُستوفَى الأيمان وبمحضَرِ الملفى بيده، فإذا تم حَلفُهُ وثبت عند القاضي خُيِّرَ الملفى بيده بين الخصام والرجوع على بائعه، فإذا اختار الرجوع حكم القاضي للمستحق بنفوذ الاستحقاق، فحينئذ يكون له الرجوع على بائعه بالثمن بنسخة يأخذها من رسم الاستحقاق، فإذا طلب الذهاب بالشاة إليه ليوقفه عليها مُكِّنَ من ذلك بعد وضع قيمتها، وقُضِيَ له على البائع برد الثمن، ومن حق

ص 182

هذا البائع أن يُعْذَرَ له في شهود القائم، فإن أتى بمدفع فيهم نُقِضَ الحكم وبقيت الشاة بيد مشتريها منه، وهو الذي ألفيت بيده، وإن عجز عن الدفع تمَّ للمستحِق الاستحقاقُ.

وعلى كل حال، لا حَقَّ للقائم في الرجوع بالشاة على الذي وُجدت الشاة في يده إن لم يكن هو الذي سرقها، وهذا كله واضح، والله أعلم(هـ).

وسئل عن مسألة تظهر من جوابها.

فأجاب بقوله: الثانية: ما خَسِرَ الطالب على كَتبْ رسوم بسبب جَحْد المطلوب ثم كتب إقراره بعد ذلك، هل على المطلوب غرم أم لا؟، فلم أقف على نص في عينها، ولا يَبْعُدُ أن يكون الحكم فيها لزوم الغرم للمطلوب، لأن ظلمه هو السببُ في إتلاف المال المخسور على صاحبه، والمتسبِّبُ في ذلك كَالمباشِرِ، بدليل المسائل المذكورة آخر باب الصيد من المختصَر، وبدليل جواب ابن محسود – فيمن جعل جُعْلاً على إظهار سرقة أو دابة أو غير ذلك– أنه إن كان الذي ظهرت عليه هذه الأشياء سارقا غَرِمَ الجُعْلَ(هـ)، وجواب الشيخ أبي الفضل العقباني في الهارب بأمة أن عليه جميع ما خسر ربها في استخلاصها، نقل الجوابين في الدُّرَرِ المكنونة. وقال بعضُ من أفتى بالرجوعِ بالبشَارة على السارق في توجيه ذلك بأنه يعني: السارقُ ظالم، والظالم أحق أن يُحْمَلَ عليه. وقد ورَّط المسروق منه في دفع هذا الثمن للمبشِّرِ.

قلت: نحوه قول الفيشي على قول المتن: «والنفقة على المقضِيِّ له به»[3]، ونصُّهُ: وأماً أجرة حمله فهي على مَن تبيَّن خلافُ قوله(هـ).

---

[3] وذلك في أثناء الباب المتعلق بأحكام الشهادة والشهود، وفي سياق ما يكون من الغلة للمدعى عليه، ومن النفقة على المدعِي للشيء، فقال في ذلك: «والغلة له للقضاء، والنفقة على المقضي له به».

والمعنى أن الغلة الناشئة عن المدعي به هي للمدعى عليه إلى حين القضاء به، والنفقة على الشيء المدعى به بعد الدعوى وقبْل القضاء على المقضي له به، سواء كان المدعي أو المدعى عليه، فإن قُضي به للمدعى عليه فالأمر واضح، وإن قُضيَ به للمدعي رجع بها على المدعى عليه.

وسئل عمن اشترى بهيمة من السوق ثم استُحِقَّتْ من يده، وادعى المستحِق أنها سرقت منه وسُرِق له معها متاعٌ غيرُها، وأنه دفع دراهم لمن بَشَّره بموضع البهيمة، وطلب المستحَقَّ من يده أن يغرم له ذلك كلَّه، هل يلزمه ذلك أم لا؟.

فأجاب : الحمد لله ،لا يلزم المستحَقَّ من يده غُرم شيء مما طلَبه به المستحِق، وإنما تؤخَذ البهيمة فقط من يده، وهو مصدَّق في دعوى الشراء إن كان مجهول الحال، **لقول ابن لُبابة : المسلمون في دعوى الغصب والعداء محمولون على العافية**، هذا لو لم تكن له بينة على الشراء، فأحرى إن كان مَن يَشهد له بالشراء، فينتفي عنه حكْمُ المتهَم الذي هو الضرب والسَّجن، وأما عدم لزوم شيء مما يدَّعي المسروق منه أنه سُرق له فإن هذا الحكم جار حتى في المتهم بالسرقة أو من أقر بها على نفسه. **ففي التبصرة نقلا عن أحكام ابن سهل ما نصه** : إذا وجِد عند المبتاع بعض متاع المسروق وادَّعى المتهَمُ أنه اشتراه ولا بينة له فهو متهم بالسرقة، ولا سبيل للمدعي إلا فيما وُجِد بيده، إنتهى.

ص 183

ونقل صاحب كتاب المغارسة ما نصه: **سئل الإمام ابن مرزوق عن السارق إذا أقر ببعض السرقة وجحَد الباقي**، هل يلزمُهُ جميعُ ما يدعي به المسروق منه أم لا؟.

فأجاب : ليس على المقر إلا ما أقر به، ويَحْلِفُ على ما سواه.(هـ).

فإذا كانَ الحكم هو هذا في حق السارق ففي حق المشتري من باب أولى، وإذا لم يلزمه شيء من المتاع المسروق عدا ما وُجِد بيده فعدَمُ لزوم البِشارة أولى وأحرى، وبالله التوفيق.

وسئل عن رجل باع دارا فقام من يدعي أنها ملكه، فهل يكون خِصامه فيها مع البائع أو المشتري، أو له الخيار في التكلم مع من شاء منهما؟.

فأجاب بأنه ليس كلام إلا مع المشتري الذي الدار بيده.

قـال ابن أبي زمنين: ليس على البـائع – في كل الأشـيـاء منذ باع – شيءٌ، وإنما يقوم القائم على المشتري، فإن أثبت ذلك القائمُ ببينة وجب له، أي الشيء المستحق، ورجعَ المشتري بثمن ذلك المستحق من يده على البائع إن شاء الله،(هـ) بنقل المعيار، وهو نصٌّ في النازلة، وبالله التوفيق.

وسئل عن نازلة تظهر من الجواب.

فأجاب بأن مُدَّعِيَ الأرض إذا قام بعد عَقْد البيع الصحيح فيها سنين كما ذكر لنا السائل وأراد الخصام فيها فإنما يكون كلامه ونزاعُهُ مع المشتري لا مع البائع.

فقد **سئل ابن أبي زمنين عن رجل اشترى من رجل قطعة أرض فقام عليه من زعم أن له فيها نصيبا**، فقال له المشتري: خاصِمْ البائع، وأنا إنما اشتريتُ بدراهمي، على من ترى القيام؟.

فأجاب: ليس على البائع في كل الأشياء منذ باع شيءٌ، وإنما يقوم القائم على المشتري، فإن أثبت ذلك القائمُ ببينة وجب له ورجَع المشتري بثمن ذلك المستحَق من يده على البائع إن شاء الله.(هـ) بنقل المعيار مع اختصار يسير في السؤال.

قال ابن ناجي في شرح قول المدونة في كتاب الرهون: -إذا باع السلطانُ الرهنَ ودفع ثمنه إلى المرتهن ثم استُحِقَّ الرهن إلى قوله فللمستحِقِّ إجازةُ البيع وأخذُ الثمن من المرتهِن- **ما نصه: أقام شيخُنا حفظه الله من قولها: (وأخذُ الثمن من المرتهن) أن من أراد استحقاق شيء إنما يخاصِمُ من هو بيده، وهو كذلك**.(هـ)، وبالله التوفيق.

ص 184

وسئل أيضا بما نصه:

الحمد لله، جوابكم عن مقال تقَيَّد بين الخصمين، **نصه**:

الحمد لله ؛ بمحضر شهيديه قال فلان بن فلان الفلاني لفلان بن فلان الفلاني : إن البلدة التي بيد موكلك فلانٍ، أُخْرُجْ لي منها لأنها ملكي ورثتها عن أبي، وأبي ورثها عن جدي، فأجابه الوكيلُ بقوله : البلدة المذكورة هي ملك لموكلي في حوزهِ وتحت يده الخ، هل يُكتفَى بهذا الجواب من الحائز، ولابُدَّ للمدَّعي من إثباتِ الموت والورثةِ وتناسُخها وإثبات الملك واستمراره على ما يجب على المنهج المعلوم عند الأئمة أم لا؟، وقد ادَّعى بعض قضاة البادية أن كلام ابن رشد رحمه الله، ـ المنقول شاهدا لهذا المعنى ـ، هو فيمن جُهِل أصلُ ملكه، وأما ما كان معلوما مِلْكُهُ لشخص وانتقل عنه فإن الحائز يجب عليه أن يجيب القائم من غير إثبات ملك ولا عِدَّة ورثة ولا مِلْكٍ، فهل هذا التقييدُ صحيح أو باطل؟، ولو كان التقييد موجودا ما أغفله المتقدمون ولا تركَهُ المتأخرون؟، جوابا قامعا بالحجة لقضاة الأباطيل أرباب الجور، الحاكمين في أكثر المسائل على الفور.

فأجاب : إن المدعي المذكور لا تُسمع دعواه، ولا يكلَّفُ المدعَى عليه بجوابه بالإقرار والإنكار إلا بعد إثباته موتَ أبيه وجدِّه، ووَرَثَتَهُمَا وتناسُخَ الوِراثات وملكيَّة جده للبلدة المقُوم فيها واستمرارَها له ولورثته إلى موت مَن مات منهم وإلى حين الشهادة في ملك الأحياء وملك القائم، وكلامُ ابن رشد لم نَرَ مَن قيَّدَهُ بالقيد المذكور.

وقال ابن رشد ، ـ معترضًا قول جماعة من الشيوخ أثناء جوابهم للقاضي الذي استشارهُم: إنَّ هشمية قامت بعد أن ثَبت عندك موت أبيها وَوِرَاثَتُه فإن هذا اللفظ يقتضي أنها لم تكلَّف هي إثباتَ ملك أبيها وعِدَّة ورثته، وإنما أثبته مثبتٌ، ثم قامت هي منازِعة لابن عمها ـ **مانصه**:

طريقة الحكم التي بها مضى العمل أن على كل من طلَب حقا بسبب ميت أن يكلَّف إثباتَ موته وعدَّة ورثته وإن كان موتُهُ مشهورا عند الحاكم وغيره(هـ) . فعُمُوم هذا النَّصِّ مما يؤيد إطلاق ابن رشد .

ومن جواب للشيخ أبي الحسن الصغير رحمه الله عن سؤال ؛ فيه أن مُدَّعي الفدَّان ذكر أثناء مخاصمته أنه تصير لأبيه من جده،مانصه: وأما إذا نسَب المدعي ما ثبت لوالده لجده فعليه أن يثبت تملُّك جده واستمراره بالواجب إلى أن ورثه عنه والده.(هـ) وفيه كفاية، وبالله التوفيق.

وسئل عن نازلة تظهر من الجواب.

فأجاب : من حق البائع المرجوع عليه في الرسم الأسفلِ حوله وضعُ قيمة البَكر، والذهابُ به للرجوع على بائعه، وليس للمتسحق منعه، لأنه أي البائع بحضوره والحكمِ عليه في وقت واحد كأنه هو المستحق منه، فلم يتكرر الذهاب بالمستحقٍ.

ويدل لما ذكرنا قول القاضي ابن سهل في أحكامه: ومن اعترف حمارا فحُكم له به، ثُمَّ حكم للذي كان بيده على بائعه منه، ثم حُكِم لذلك البائع على من باع منه، وذلك في مجلس واحد لإقرارهم به، فأراد المحكوم عليه آخرا أن يضع قيمة الحمار لمستحقه ويطلب به حقه من الذي باعه منه فله ذلكَ، وليس للمحكوم له به أن يقول: ليس بيني وبينك عملٌ فلا تذهب به.(هـ) بلفظه، وفيه كفاية، وبالله التوفيق.

ومن المسائل التي سأله عنها بعض تلامذته ما نصه :

ومنها - سيدي - أنه اشتهر عند طلبة الوقت أن التخالف في القول يدل على كذب القائل فصاروا يفتون به، ويحتجون بما ذكره المواق عند قول المصنف: «ولم يَخْتَلِفْ قولُه وإلا فهدرٌ»[4]، ويُسَوُّون في ذلك بين الطالب

---

(4) وذلك في الباب المتضمن لأحكام الدماء والقصاص، والذي سبقت الإشارة إلى أوله في تعليق سابق. والعبارة مسبوقة بكلام قبلها، وهي قول المختصر: «وله نسبته إن حلف ولم يختلف قوله، وإلا فهدرٌ». وشرحُ العبارة وبيانها أن للمجني عليه في إحدى أذنيه أو كليهما نسبة سمعه، التي وقع بها نقص إن حلف المجني عليه أن ذلك غاية سمعه، ولم يختلف قوله في الجهات التي ينادى منها وفي قوة سماعها منها، وإلا بأن اختلف قوله فيها اختلافا بينا، فهو هدرٌ، أي لا شيء على الجاني من الدية، لتبين كذبه في دعواه ذهاب سمع الأذنين أو إحداهما.. إلى آخر ما في المختصر وشرحه هنا من بيان وتفصيل.

والمطلوب، حتى إن بعضهم أفتى في مطلوب أجاب عن ملك طُلبَ بالتخلي عنه أنه على ملكه الخاص به، ثم بعد ذلك قال: إنه مشتركٌ بينه وبين ورثة والده المتخلَّفَ عنه ببطلان حقه فيه قائلا: إنه ناقضَ قولُه بعضه بعضا، **حيث قال أولا**: إنه على ملكه الخاص به، وآخرا: إنه مشترك بينه وبين غيره من سائر ورثة أبيه، فهل على صواب في ذلك أم لا؟.

فأجاب: أما مسألة التخالف في القول فهل يكون كما ذكرتم من الطالب والمطلوب؟.

أما الطالب فتخالُفُ قوله يوجب في دعواه التناقض والتكاذب، بدليل المسألة التي أشرت إليها في نقل المواق، وبدليل قول العبدوسي في بعض أجوبته فيمن ادعى في ملك أنه ورث حظا منه، ثم ادعى بعد ذلك أنه اشتراه، ونصٌّ المقصود من الجواب: أن استظهارَ القائم برسم الشراء لا يوجب له ملك ما تضَمَّنه وإن لم يدَّع قبلُ أنه ورثه، فكيف وقد تناقضت دعواه. ونقل **الحطَّابُ مسألة من ادعى في دار بيده أنها لأبيه** تركها موروثُهُ له ثم جاء ببينة أن أباه كان صيَّر إليه نصفها، فقال له الحاكم: إدعيتَ أولا ميراثا، والآن لنفسك، **فقال له**: لم أعلم بهذه البينة، قال سحنون: لا يُقبل منه. (هـ).

ص 186

وأما المطلوب يجحد ثم يقر ببعض المسائل فلم يظهر لاختلاف قوله فيها أثر ولا عاد عليه بسببه كبيرُ ضررٍ، وذلك كمسألة ذكرها في المعيار فقال:

وسئل بعض الفقهاء عن رجل ادَّعَى على آخر بشعير أخذه له فأنكر، وبعد قيام البينة عليه قال: أمرتني ببيعه وبعتُهُ ووصَّلتُ إليك الثمن، فهل يُقبل قوله أم لا؟، وإذا لم يُقبل قوله ما الذي يلزمُهُ؟.

فأجاب: القولُ قول رب الشعير أنه لم يأمره ولم يصله من ثمنه شيءٌ، ثم يكون بالخيار بَين إمضاء البيع وأخْذ الثمن وبين طلبه بمثله، فإن اختلفا في المَكيلَةِ فالقولُ للمطلوب فيما أخذه مع يمينه (هـ) بخ في السؤال.

وكمسألة ذكرَهَا غيرُ واحد، **وهي أن الرجل يشهد عليه شهودٌ أن في داره حقا لرجل لا يعرفون قدره وهو مُنْكِرٌ**، أنه إذا أقر بعد ذلك بشيء، قلَّ أو كَثُرَ، حلف عليه، ولم يكن للمشهود له غيرُهُ. **ففي المسألتين معا**، لم يجب على المطلوب مع تقدم إنكاره إلا ما أقر به، وهو الذي يجب عليه لو لم يتقدم منه إنكار، وبعضُ المسائل أوجَبَ تقدُّمُ الإنكار فيها عدم قبول البينة بالمخرج، أي البينة بما يُخرجه مما وجب عليه، على الخلاف المعلوم في **ذلك**، وهو عَدَمُ القبول مطلقا. **القول الثاني قبولها مطلقا .القول الثالث تُقبل في الحدود فقط، الرابع فيها وفي الأصول، وأكثرها** – أعني مسائل الإقرار بعد الجحد– مذكورةٌ في التبصرة الفرحونية، والمسألةُ التي ذكرتَ أن بعضهم أفتى فيها ببطلان حقِّ المطلوب داخلة في هذا الخلاف، إلا أن الراجح والذي به العمل خلاف ما أفتى به من ذكرت، وإلى هذه المسألة أشرت بقولي في نظمي لما جرى به العمل:

وخالفُوا ذا الأصل فيمن أنكر .·. الأبيات، راجع كلام المتيطي وغيره في الشرح(هـ).

ومنها: **مولاي**، ما الحكمُ في خصام المقُوم عليه في العيب، هل حكمه كالخصام في المستحَق وهو لا رجوعَ له على من باع منه، فإني لم أعثر عليه أيضا فيما بيدي؟.

ومنها – سيدي – من أبَقَ(*) منه عبدٌ اشتراه أو مات بسبب عيب قديم بان به ولم يقم بدركه في الحين على بائعه منه، بل سكت عنه مدة،

(*) أبَقَ يابق : من باب جلَس يجلس، بمعنى فرّوهرب. وقد وردت الكلمة في قول الله تعالى في شأن يونس عليه السلام : ﴿ **وإن يونس لمن المرسلين إذ أبَقَ إلى الفلك المشحون فساهم فكان من المدحضين فالتقمه الحوت وهو مليم، فلولا أنه كان من المسبحين للبث في بطنه إلى يوم يُبعثون** ﴾. س. الصافات : 139 ـ 144.

هَبْ أنها طويلة، ثم قام عليه بدَرَكه، فهل يكون سكُوته عنه المدة المذكورة مبطلا لحقه في طلب ثمنه ويشمله قول المصنف: «وما يدل على الرضى» أم لا لاختصاص موضوع المتن بما يتصرف فيه لا ما هو حقٌّ في الذمة؟، وأن الكثير من مفتي الوقت يُفْتون بسقوط الحق بذلك، ولم يظهر لي بحسب فهمي القاصر وعقلي الفاتر.

ص 187 **فأجابه : وأما مسألة المخاصِم في العيب هل يرجع به على بائعه هو أم لا؟ لم أقف على نص في عينها، والظاهر أنه كالمستحق منه**، وما علل به من الرجوع إذا خاصم يأتي في المقوم عليه بالعيب، وهو تكذيبه البينة التي يرجع بها، اللَّهُمَّ إن كان في خصامه معتقدا نفي العيب، واتَّهَمَ الذين شهِدوا به، لعداوة أُثْبِتت بينه وبينهم، فإذا ثَبت العيبُ بعد ذلك بشهادة غيرهم، وثبت أنه أقدمُ من وقت شرائه هو لم يمنع خصامُهُ من الرجوع على بائعه، والمسألة تحتاج إلى النص.

وأما مسألة العبد الآبق فسكوتُ المشتري المدة الطويلة بعد الاطلاع على العيب يسقط حقه في الرجوع به، لقول المتن: «ما يدل على الرضى»،[5] ولاسيما إن لم يكن مدلسا، وغيبة العبد لا تمنع من القيام بعيبه ؛ وما ذكرتُم من اختصاص موضوع المتن بما يتصرف فيه لا دليل عليه، بل ظاهر المصنف عدمُ اشتراط التصرف بالفعل في الدال على الرضى، وإنما الشرط تعجيل القيام، وتأخيرُه لعله مُضِرٌّ، كان معه تصرف أم لا.

قال في المفيد: والقيامُ بالعيب إذا كان البائعُ موجودا إنما هو على الفور أو قُرْبَ ذلك، وإن سكت وتباعَد رَدُّهُ فلا قيام له.(هـ).

(5) وذلك قوله في أول باب البيوع: «ينعقد البيعُ بما يدل على الرضى وإن بمعاطاة»، كما سبقت الإشارة إليه في هامش تعليق سابق، وفي أول نوازل البيوع.

وفي المدونة: من باع جاريةً حاملا ودلَّسَ بحملها فماتت منه ولم يعلم به المبتاع فله الرجوع بالثمن، ولو عَلِمَ فلم يردَّها حتى ماتت منه كانت من المبتاع؛ **قال أشهب**: ولا رجوع له بثمن ولا قيمة عيب إلا أن يبادِرَ في الطلب ولم يُفَرِّط بقرب ذلك، أو يعلم عند ما ضربَها الطَّلْقُ فطلب الرد فلم يصل إليه أو إلى السلطان حتى ماتت، فهي من البائع، فكذا لو مضى بعد علمه وقتٌ، في مثله ما يرد، ولاكنه لا يُعد في مثله راضيا لقربه كاليوم ونحوه، ويحلف بالله أنه لم يكن منه رضى ولا كان إلا على القيام، وإن لم يدلس له البائع فإنما له الرجوع بما بين الصحة والداء. إنتهى.

قال ابن ناجي : حمَل المغربي قول أشهب على التفسير(هـ).

وإذا كان تأخير القيام مسقطا لحق المشتري مع البائع المدلس فمع غير المدلس أحرى.

وقولكم: (لأن ما هو في الذمة لا يسقط بالسكوت) صحيح، يدُلُّ له ما في المعيار والدُّرِّ النثير فيمن أخذ دابة لصهره بغير إذنه وركِبها فعطبت، والصهر غائب، وبعد قدومه ترك الطلب مدة من ثلاثة أعوام ثم دُعي إلى غرمها؛ **قال أحمد بن القطان في ذلك مجيبا** : له طلبُ حقه، ويضمن آخذ الدابة قيمتها.(هـ)، **إلا أنه قد يقول القائل** : إن سكوت المشتري الواجد للعيب ليس سكوتا عن طلب حق له في ذمة البائع، وإنما يكون ذلك إذا قام وقضي له بالرجوع بالثمن أو أرش العيب وسكت، وأما قبل ذلك فلا حق له ثابت في ذمة البائع لعدم شرطه الذي هو القيام على الفور، ومع هذا فليس كلُّ ما يرجع به القائم بالعيب يكون في الذمة، إذ قد يكون عيبا معيَّنا كعرض لم يفت. **قال في المدونة**: وإذا ابتعت من رجل عبدا بعبد أو بعرْض فأصبت به عيبا فلك رده ولا شيء عليك فيما دخله عندك من نقص خفيف أو حوالة سوق، وترجع فيما دفعت من عبد أو عرض فتأخذه(هـ).

ص 188

قلت : في نوازل التعدي من الدر النشير ما نصه :

قلت: تأمَّل هذا مع ما في نوازل ابن الحاج لأصبغ بن محمد رحمه الله في ثغر غارت عليهم خيل النصارى، والعادةُ عندهم إذا غارت عليهم خيل العدو أن يغير الناسُ، فمن وجد فرسا لجاره ركبه دون مشاورة صاحبه لينجو الفرس ويمسكه على صاحبه وينجو هو أيضا، فوجَد رجل فرسا لبعض جيرانه فركبه، فرهَقَتْهُ الخيل بعد هروبه مدة، فتطارح عنه وولَّت الخيلُ، وأخذته خيلُ العدو، **فقال صاحبه**: تضْمَنُه لتعدِّيك في ركوبه، **أنه لا ضمان عليه، لأن العادة كالوكالة قياسا على الأضاحي**.(هـ)، ونحوه في حاشية الأبَّارِ أوائل الوكالة، وزاد بعد قوله على الأضاحي: قال البرزلي: والأنكحَةِ.(هـ) منه بلفظه.

ومنها مسألة التراجع قد كنت سألتك عنها قبل الآن، هل يتخير الراجع الأول في أن يرجع على من شاء من البائعين من قَبْلِ اشترائه قياسا على مسألة الشفعة التي أشار إليها المصنف بقوله: «وأخذ بأيِّ شيء شاء»[6].

فأجبتني - أيدك الله - بأن لا رجوعَ له إلاَّ على مَن باع منه إلاَّ على مَن عداه، غير أنه بقي في قلبي شيء من أجل أن المستحَقَّ منه إذا تواطأ مثلا مع أحد البائعين مِن قبله على أن يرجع عليه بثمنه، حيث يكون ثمنه الذي دفع هو أقلَّ مما بعده، فأيُّ مانع منه لأن الحق حقه؟.

وأيضا : غريم الغريم غريم، فبالوجه الذي يرجع على من باع منه يرجع على غيره ممن باع لمن باع له، فإذا كان ثمنه أقلَّ مما بعده وأراد أن يرجع به

(6) وذلك قوله في أثناء باب الشفعة: «وأخذ باي بيع، وعُهدَتُه عليه، ونُقض ما بعده».. الخ.
وشرح العبارة وتوضيحها: وإن تعدد البيع في الشقص ولم يعلم الشفيع أو كان غائبا أخذ باي بيع شاء الأخذ به، وضمان ثمنه إن استحق أو ظهر عيبه على من أخذ بشرائه، ونُقض، أي فُسخ ما بعد البيع الذي أخذ به الشفيع، وثبتَ ما قبله، سواء اتفقت الأثمان أو اختلفت، فإن أخذ بالأول نقض جميع ما بعده، وبالوسط تم ما قبله ونُقض ما بعده، وبالأخير تمت البياعات كلها، ولزم الشفيعَ الأخذ بالشفعة إن قال أخذتُ وعَرفَ الثمن. إلخ.

على رابع أو خامس ورضيَ ذلك المرجوع عليه بدفع ذلك الثمن الذي هو أنقصُ مما قبضه، - أي المرجوع عليه -، ممن اشترى منه، ويتركُان بينهما الوسائط، فهل للمتوسِّط بينهما أن يرجع على المرجوعِ عنه بعده بشيء أم لا؟ وهو الذي يتبادر للفهم، لأن المرجوع عنه في الفرض المذكور يقول للواسطة: إبْقَ على ما كنتَ عليه من عدم رجوع أحد عليك بشيء، وكأن المبيعَ لم يقع فيه استحقاق بالكلية، ومَن استُحقَّ الشيءُ من يده إذا أراد أن يرجع عليك أنا أرضيه فيما كنتَ أعطيتَه أنت وأكفيك مُؤْنَتَهُ، **فهل يجاب إلى ذلك هذا المرجوعُ عليه ولا تُسمع دعوى الواسطة عليه إذا قال له**: إني أريد أن أدفع للمستحَق منه ثمَنَه الذي دفع إليَّ لقلته وأرجعَ عليك بثمني الذي دفعتُه إليك وأخذتَّه مني لكثرته لكَشْف الغيب أن البيوعات لا إقرار لها حيثُ استُحقَّ المبيعُ، وبان أنه مملوك للغير؟، **جوابا من سيدنا شافيا**، متَّع الله بوجودكم الأنام؛ الخاصَّ منهم والعامَّ.

ص 189

فأجابه : وأما مسألة التراجع في الاستحقاق فالحق فيها ما كنت أجبتك به قبل، من أنه لا خيار للمستحق منه في الرجوع بالثمن على غير من باع منه.

ففي الخطاب ما نصه: من استحق عبداً بعد أن تداولته الأملاكُ بحرية تراجع بائعوه؛ كلٌّ واحد على صاحبه، وكذلك إذا استُحقَّ برِقّ .(هـ)، فظاهر هذا أو صريحُه أن كل واحد إنما يرجع على من كان تعَاقَدَ معه البيع لا على من لم تكن بينه وبينه معاملة . **وما ظهر لكم من القياس على مسألة الشفعة لا يصح، لظهور الفرق، وهو أن الشفيعَ إذا تكررت البَيَاعَات له الحقُّ عند كل واحد منها في الشفعة**، فإن كان غائبا أو لم يعلم إلا عند الأخير منها خُيِّرَ في الأخذ بأيها شاء لأنها حقوقه، فيأخذ منها ما شاء ويترك ما شاء، بخلاف المستحَق من يده لا حَقَّ له في الرجوع إلاَّ على البائع منه خاصة، كما أن كل مشتر قبله له الحق في الرجوع على بائعه . **وإذا كان كذلك فتواطؤُ المستحَق من يده مع أحد البائعين الأولين لا يُسقِط حقَّ الوسائط حيث تختلف الأثمان كما ذكرتم.**

وقولك في الاحتجاج لرجوع المستحَقّ منه على مَن قَبْلَ بائعه : (غَريم الغريم غريم) **لا حُجَّة فيه**، بل لا يُسَمَّى أحدُ البائعين غريما للذي اشترَى منه حتَّى يُحكم على المشتري بعد الإعذار إليه واختياره الرجوع بثمنه على الذي باع منه كما يدل لذلك جوابُ ابن الحاج، المنقولُ أواخر الاستحقاق من المعيار. **وظاهرُ كلامهم أيضا أن تنزيل غريم الغريم منزلة الغَريم إنما هو في عُدْم الغريم، ولذا قال الشيخ المنجور** مفسرا لقول الزَّقَّاق في المنهج: (وهل كذا غرم غريمه) **ما نصه**: أي وهل غريمُ الغريم في عدم الغريم كالغريم أولا؟، وعليه الخلافُ في مطالبة المقضيِّ له للشاهدين بما رجَعَا عنه قبل غُرم المقضيّ عليه إذا تعذر الأخذ منه، فعلى أن غريم الغريم كالغريم يُطَالِبُهُمَا المقضيُّ له لأنهما غريما غريمِه، وعلى الآخَر لا يطالبهما إلا المقضيُّ عليه.(هـ).

ودليل ما قدَّمنا أن الأئمة صرَّحوا بأن الشيء إذا تداولته الأملاك واستُحِقَّ تنتقض باستحقاقه البيوعاتُ التي وقعت فيه، وإذا انتقضت رُدَّ كلُّ ثَمَنٍ إلى ربه.

ص 190 **ومن الدلائل الواضحة** قولُ ابنِ رشد في سماع عيسى من كتاب العارية فيمن استعار حمارا يَحُجُّ عليه، وبعد الحج باعهُ بعشرة ثم اشتراه بخمسة فاستحلَفه صاحبه، **قال أبو إسحاق التونسي**: إن أخذ صاحبُ الحمار حماره رجعت الخمسة إلى مشتريه أولا بعشرة، لأن ربَّ الحمار إذا أخذ حماره بالاستحقاق انتقضت البيعتان جميعا وكان المشتري الأولُ قد أخرج عشرة رجع إليه منها خمسة، وبقي له خمسةٌ يرجع بها على البائع وهو المستعير تمام العشرة التي دفع إليه.

ابن رشد: قولُ أبي إسحاق صحيح، ولو باع الحمار بعشرة ثم اشتراه بخمسة عشر كان صاحبه بالخيار، إن شاء أجاز البيع الثاني أو الأول، فإن أخذ حماره انتقضت البيعتان ورجع المبتاعُ الثاني المأخوذُ منه الحمار على البائع منه، وهو المبتاع الأول بخمسة عشر التي دفع إليه، ويرجع هو عليه

بالعشرة التي باع منه أو يُقَاصُّهُ بها من الخمسة عشر، فيرجع عليه بالخمسة لا بأكثر. إنتهى الغرض منه.

ومنها - سيدي - أن الفقيه سيدي الحسن بن رحال ذكر في تأليفه: "الارتفاق في مسائل الاستحقاق" أن الحيوان المستحَقَّ لا يثْبُتُ الاستحقاق فيه لمستحقه إذا كان مولودا عنده إلا بالشهادة له بملك الأم التي ولدته، ولابدَّ من بيان ملكها بما ذكر، يعني من شروط الشهادة بالملك التي قدَّمها هو في الشهادة على ملك النِّتَاجِ المولود عنده،

فهل الأمر - سيدي - كما ذكر؟، **ويبقَى النظرُ في أمر آخر، وهو:** هل لابد مِن ذكر مدة التملك في الولد، التيَ هي العشرة الأشهر، أو كونُه مولودا يكفي وإن نقصت مدة زيادته عند المالك عن مدة التملك المشترطة؟، وهل لابد من معاينة الولادة أو يكفي السماع الفاشي المستفيضُ؟، وهل هذه المدة المعتبرة في الملك التي هي الأشهرُ العشرة لابد منها في كل شيء أو هي خاصة ببعض المتملكات دون بعض؟، وكيف الحكم - سيدي - إذا شُهِدَ بالملك في شيء لموروث ولم يشهدوا لورثته به لعدم معرفة البينة لهم، ثم شهدت للورثة بينة أخرى غيرُ الشاهدة لموروثهم وجروه أي الملك إلى حين شهادتهم، هل يكفي ذلك؟، وهبْ أنها لم تُعَايِنْ تصرفهم فيه؛ وعليه فيقال: كيف تصح الشهادة بالملك للورثة مع عدم تصرفهم فيه، والشهادةُ بالملك إنما تصِحُّ لمن شُهِد بالتصرف له، ولا تَصَرُّفَ في حقهم، فالتصرف عنوانُ الملك والدالُّ عليه، فإذا عُدِمَ عُدِمَ المدلولُ، فكيف تصح هذه الشهادة، والبينة التي أقاموها - أي الورثة - لم تشهد لموروثهم الذي شوهد التصرف منه وإنما شهدت لهم خاصة وهم لم يتصرفوا، والتصرف هو الدال على الملك؟ فقد أشكل عليَّ الأمر في ذلك سيدي جدا.

ص 191 **فأجابه بما نصه: وأما مسألة استحقاق الحيوان بالنِّتاج** فمَا ذَكَرَ صاحبُ الارتفاق فيه، - من أنَّ شرطه ثُبوت ملك الأم بالشروط المعلومة في إثبات

الأملاك،صحيح، لأن المطلوب الذي هو تملك المولود، سَبَبُهُ ثبوت تملك أمه.

ومن القواعد: لا يثبُتُ الفرع والأصل باطل، ولا يثْبُتُ المسبَّبُ والسبَبُ غير حاصل، ولا يحتاج في الولد إلى حيازة العشرة الأشهر ولا أقل منها؛ نعم، لابد من الشهادة أنها ولدته عند المشهود له وهي على ملكه، ولا تكفي الشهادة أنه ولدُها فقط. **قال ابن عرفة في مختصره ما نصه**: قال أشهب: لو شُهِدَ لمدعي أمة أنها بنتٌ لأمته لم تُفِدْه، لأنها لم تتضمن إثباتَ مِلْكه، وقد تكون ولدتها قبل أن يشتريها. **قال المازري: وهذا واضح**، لاكنه لو شَهِدت له أنها وُلِدَتْ عنده لم تُفِدْه. واعترضه بعضُ أشياخنا وقال: إنما أسقطَهَا لجواز أن تكون وُلدت عنده وهي وديعة أو رهنٌ عنده، وتعَقَّبه بأن احتمال الوديعة والرهن بعيد.

قلت: لما ذكر اللخمي قول أشهب هذا قال: وقولُ ابن القاسم أنها لمن وُلِدَتْ عنده أصْوَبُ، ويُحْمَلُ الأمر على أنها له حتى يثبت أنها وديعةٌ أو غصْب.(هـ) بلفظه.

ثم الشهادة بالولادة لم نر من اشترط فيها المعاينة أو غيرها، والظاهر أن المدار على حصول العلم للشهود بأي طريق حصل، وطُرُقُه شتَّى؛ منها الخبر المستفيض. قال ابن رشد في المقدمات: وكذلك الشهادة بما علم من جهة الأخبار المتواترة جائزةٌ كالولاء، وكذا يصح للذي وقع به العلم بذلك من جهة الخبر أن يشهد ويقطع عليه وتثبت الشهادة فيه(هـ).

وأما مسألة الورثة فيكفي في ثبوت الملك لهم ثبوته لموروثهم مستمرا إلى وفاته ولو لم يكن منهم تصرف ولا شهد لهم به أحد، لقول ابن رشد في البيان: إن الوارث يَحُل مَحلَّ الموروثِ في الحقوق الواجبة له، **ولقول الشيخ أبي إسحاق الشاطبي فيما نقل عنه ابن الناظم في شرح تحفة والده، والونشريسي في معياره، أن قاعدة مذهب مالك أن سبب انتقال ملك الموروث إلى الوارث الموتُ لا**

قسمةُ التركة، فإذا مات الموروث انتقل الملك بإثر حصول الموت إلى من كان وارثا شرعا .(هـ). ولهذا المعنَى لا يَحتاج الورثةُ مع ثبوت الملك لموروثهم في الاستحقاق إلا لثبوت كونهم ورثَتَهُ، إمَّا بشهادة شهود الملك أو بشهادة غيرهم. **قال ابن سهل**: كان أهلِ طليطلة يكتبون في عقد الملك إذا لم يَعرف شهودُهُ الورثةَ: يَشهَدُ من يسمَّى من الشهداء أنهم يعرفون كذا مِلْكا لفلان لم يُفَوِّتْ شيئا منه في علمهم إلى أن توفي وأورثهُ ورثته المذكورين في غير هذا الكتاب، فأنكرتُهُ عليهم، وكتبتُ إلى شيوخنا بقرطبة، فكتب إليَّ أبو عبد الله ابن عَتاب: إذا لم يَعلم الشهودُ الورثةَ كيف يشهدون أنه أورث ذلك ورثته المذكورين في غير هذا الكتاب، هذا محال، وحسْبُهُمْ أن يقولوا: أورثهُ ورثته، وهي شهادةٌ عاملة.

ص 192

وجواب ابن القطان: الشهادة تامة، ولا يضرها جهل الشهود بعدة الورثة إذا شهد بذلك غيرهم.

وجواب ابن مالك بنحو جواب ابن عتاب قائلا: إنما يقال في العقد: إلى أن توفي وأورثه من وجَبَ له ميراثه، أو إلى أن توفي فقط، أو إلى أن توفي، ولا يعرفون لمن ميراثه. إنتهى باختصار، ونقله ابن سلمون مختصرا.

فتحصل أن إحدى البيِّنَتين شهدت بالملك والتصرف للموروث ولم تشهد للورثة بشيء، والبينة الأخرى شهدت بعدة الورثة فقط ولم تشهد بملك ولا بتصرف؛ لا للموروث ولا للورثة، ومع ذلك يُقضَى للورثة باستحقاق الشيء المشهود به، فظهر أن ما استبعدتموه من صحة الشهادة بالملك للورثة مع عدم تصرفهم لا بُعْدَ فيه.

وقولكم (أن التصرف عنوان الملك الخ) غير سديد، بل بين التصرف والملك عموم وخصوصٌ من وجهٍ، لا يلزمُ من ثبوت أحدهما ولا من نفيه ثبوتُ الآخر ولا نفيُهُ. **قال في التوضيح** في بيان ما يَردُ على من عرَّف البيع (بأنه نقلُ الملك بعوض): إن الملك مجهول، لأنا إن قلنا: هو التصرف انتقض

بتصرف الوصي والوكيل فإنهما غير مالكين، وهُما يتصرفان، وقد يوجد الملك ولا تصرف في المحجور عليه، وقد يوجدان معا في المالك الرشيد(هـ).

وسئل الشيخ التاودي عمن اشترى من آخر نصف جنان وبقي شريكا معه بالنصف الباقي، ومضت عليهما مدةٌ تزيد على ستة أعوام حتَّى الآن،قام عليهما قائم يدعي أن له طريقا في جنانهما إلى جنانه، فأراد مشتري النصف أن لا يخاصم هذا القائم، وأن الذي يتولى خصامه هو البائع، لأن عهدته عليه، فهل يُجاب هذا المشتري إلى ما أراد ويُقضَى على البائع بمخاصمة القائم وتسليم المبيع إلى مُشتريه ولا يلزمه شيءٌ من صائر الخصام؟، وهل إذا استحق القائم المذكورُ الطريق المدعى بها يقضى على البائع بإعطاء نصف قيمة المستحَق للمشتري لأنه يسيرٌ، أو يثبت له الخيار، أو كيف الحَال؟، **بينوا لنا وجه الحكم في ذلك**؟.

فأجاب : الحمد لله، لاشكَّ أن العهدة على البائع، ولاكن لا رجوع للمشتري عليه إلا بعد ثبوت الاستحقاق والقضاء به عليه، وحينئذ فيخاصِمُ عن نصفه مع شريكه إلى أن يقضَى عليهما، فإذا تم الاستحقاق نُظِرَ حينئذ في القدر المستحَقِّ، هل هو معَيَّنٌ أو شائعٌ ؟، ويجري كل على حكمه، والله أعلم(هـ).

ص 193 **وسئل أيضا عمن غرس أرضا ظلما وتعديا**، فهل إذا قدر على تخليصها منه يقال له: إقلع غرسك، أو يعطيه رب الأرض قيمته مقلوعا؟.

فأجاب : الحمد لله، إن الرجل حيث كان غرسه تعديا من غير إذن أهل الأرض ولم يقدروا على دفعه ولا منعه لما ذُكر من قلة الأحكام فهُو غاصبٌ، ليس له إلا قيمةُ غرسه مقلوعا إنَ شاء ربَ الأرض، وإن شاء أمره بقلع ما فيها.

قال في المدونة: قال مالك : ومن غصَبَ أرضا فغرس فيها غرسا أو بنى فيها بناء ثم استحقها ربها، قيل للغاصب: إقلع الأصول والبناء إن كان

لك فيه منفعة، إلا أن يشاء صاحب الأرض أن يعطيه قيمة البناء والغرس مقلوعا فذلك له. (هـ)، والله أعلم (هـ).

وسئل الإمام أبو العباس سيدي أحمد ابن يحيى الونشريسي عن مسألتين:

الأولى رجل كان يستغل مال زوجته زمانا طويلا وبقي على تلك الحالة حتى توفيت، فقام الآن ورثتها على الزوج المذكور طالبين له ما كان يستغله من مال موروثتهم، فهل – سيدي – ذلك لهم أم لا؟، **فإذا قلتم: لهم ذلك**، فهل يكون بيمين أو بغير يمين إذا ادعى عليهم الزوج المذكور أن ذلك كان عن طيب نفس منها له؟، وهل – سيدي – لا فرق بين اغتلاله في قيد حياتها وما اغتله بعد وفاتها أم الفرق بينهما؟.

الثانية: ما اغتله الوارثُ من مال الموروث على عين ورثته زمانا طويلا، هل لهم شيء من الغلة أو لا شيء لهم؟، أو الفرق بين الورثة بين أن يكون من استغل على يمينه رجلا أو امرأة، أو لا فرق؟ والسلام.

فأجاب عن الأولى: إن لورثة الزوجة المذكورة طلب الزوج فيما تفرد به من اغتلاله من مال زوجته، وله استحلافهم إن ادعى عليهم إذنها في أكلها بغير عوض، وهي من يمين دعوى المعروف، ومعروف المذهب توجهها –يعني حيث يكون المدعى فيه مُحْرَزًا بيد المدعي كما في التحفة، وعليه حمل الشيوخ جميع ما وقع في المدونة.

وعن الثانية: إن للورثة الرجوعَ على من استبد منهم باغتلال موروثهم، ما لم يكن سكوت الباقين عنه على وجه الهبة والترك لحظوظهم، وإيثاراً للمستبد بها لعلمه أو دينه أو سنه أو قلة ذات يده أو غير ذلك من الأوصاف الكمالية التي يقصدها قريب القرابة في قريبه، والله أعلم. إنتهى من نوازل الزياتي.

ص 194 **ومنها: وقال ابن فرحون في تبصرته ما نصه:**

وفي اختصار الواضحة: وإذا قُضِيَ للرجل على الرجل بالدار أو غيرها من الأشياء فلم يُخرجه المقضيُّ له من يد المقضيِّ عليه حتى تقادم زمنُهُ وحازه عليه بعد أن قُضِي له بذلك لا يسقط حق المقضى له(هـ).

ونحوُهُ في البيان، وانظر ميارة على الزقاقية(هـ).

وسئل الشيخ عبد القادر الفاسي عن رجل اشترى فرسا وبقي عنده ما شاء الله ثم استُحق من يده، فرجع المشتري على بائعه له بالثمن وردَّ عليه فرسَه، فأخذ البائع في الخصام مع المستحق حتى خَلُصَ الفرسُ وسلم من الخصام؛ فهل يُلزمُ المشتريَ بالفرس ويقال: إن النزاع انقطع فيه، أم يثبت له الخيار؟، والسلام.

فأجاب: إنه إذا وقع الاستحقاق فإنه يقالُ للمستحَقّ من يده: أنت مخيَّر بين أن تسَلِّم للمستحقِّ فرسَه وتَتْبَع البائعَ، أو تُجَرِّحُ البينة وتخاصم، ثم إذا خاصمت وغُلبْتَ وعجزت لا يُقضَى لك باتباع البائع، وإذا أسلمته للمستحِق ونازعهُ البائع حتى خَلُص له الفرس كان للبائع لا لك، لأنك أسلمته وانفسخ البيع، والله تعالى أعلم.(هـ).

وسئل العلامة سيدي علي بن أحمد الشدادي عن رجل ضمن استحقاق دابة عن بائعها، فاستُحقَّتْ الدابة بعد أن باعها المضمون له لغيره، ثم باعها ذلك الغير لغيره وتداولتها ثلاثة أملاك، فوقع فيها التردد إلى أن بلغ الأمر إلى المضمون له، فجاء بنسخة من البينة فقط وأراد الرجوع بها على الضامن، ولم يأت بحكم الحاكم الذي ألْزَمَها له بالشرع الكريم، ولا علمَ هل تلك الدابة التي ضمنها هي المستحَقَّة أم غيرُها؟، فهل يُلْزَمُ الضامنُ بالغرم لقيمة المضمون عنه أو لا يلزمه الغرمُ حتى يأتي بالحكم الشرعي، وبأن تلك الدابة هي المتداولة، وحُكِمَ بتداولها بين الأيدي؟، والسلام.

فأجاب أنه لابد في صحة رجوع المستحَقِّ من يده على بائعه أو ضامنه من ثبوت الاستحقاق لدى القاضي كما يجب، وثبوت حلفه، ويكون ذلك على عين الدابة وإن لم يُعْذَرْ له، ثُمَّ يحكم بها لمستحقها بعد اعتراف المستحَقِّ من يده أنه لا مدفع له في ذلك إلا الرجوعُ على من باع منه، **ولذلك يزيد الموثقون بعد اليمين ما نصه**: (ولما تمَّ حلف المستحقِّ المذكور حَكَمَ له من ذُكر بنفوذ الاستحقاق في المستحق المذكور حُكْمًا أنفذه وأمضاه بعد تقضيه الواجب في ذلك)(*)، **والشهادةُ على النعت والإسم جائزةٌ معمولٌ بها**، لأنها تقوم مقام العيان، والله مولانا العليم. وكتب علي بن أحمد الشدادي.

ص 195

وبعده: الجوابُ أعلاه صحيح هو الفقه بعينه، فلينظر إلى قول المنهج السالك ما نصه: لا يكون الحكم بالاستحقاق إلا بعد الإعذار للمقُوم عليه الخ، وإلى قول الحطاب: **الثاني** – أي من شروط الاستحقاق – الإعذارُ في ذلك للحائز، فإن ادعى مدفعا أجَّلَهُ في ذلك بحسب ما يرى الحاكم.

ومثله لميارة في شرح التحفة، وزاد عن الوثائق المجموعة: فإن ادَّعى مدفعا أجَّلَهُ في ذلك بحسب ما يرى الحاكم على ما جرى به العمل في التأجيل، فإن لم يأت بمدفع حُكِم عليه بعد اليمين الخ.

فالنصوص صريحة بافتقار الرجوع في الاستحقاق إلى حكم الحاكم به، والله تعالى أعلم، وكتب محمد العربي الزرهوني تغمده الله برحمته بمنه. (هـ).

ووقع الجواب عن نازلة تظهر منه بما نصه :

ومن نوازل مازونة من جواب للإمام سيدي محمد ابن مرزوق: أن المعروفَ بالغصْب والعَدَاء إذا وُجِد بيده عقار أو غيره مُدعيا شراءه، وربُّه يدعي الغصب، فالقول قول ربه(هـ).

(*) كذا في الأصل: تقضيه بالضاد. ولعل المراد تقصّيه (بالصاد) من التقصي أي استقصائه واستيعابه للواجب، المتضمن لتوفر الشروط المطلوبة في ذلك أي في صحة رجوع المستحق من يده على بائعه، فليتأمل وليحقق.

ومنها : من استحق دارا من يد آخر فطلب منه المستحق أن يدفع له قيمة العمارة، فإن كان أعمرَها بشبهة شراء ونحوه فله قيمةُ ما عَمَّر وما حفر قائما، وإن أعمرها بغصب فليس له فيما عمَّر إلا قيمةُ أنقاضه مقلوعا. (هـ)بخ.

وسئل المحقق الزرهوني بما نصه:

الحمد لله، لما رام فلان استحقاق فرس من يد فلان حضرا معا واعترف المستحق المذكورُ أن الشرع أجَّلَهُ لإثبات ما ذكر أجلا، مبْلَغُهُ كذا، **وذلك** بعد ما أنزل المستحق وثيقتها، قدْرُها كذا، أحضرها له في حلي فضة، وهي دماليج أربع وخرصتان بسلستهما، أنزلا الجميع عند كاتبه ورضيا أمانته، وحاز المستحق الفرس الموصوفة معاينة ليعمل الموجب على عينها، فإن أتى بموجب ينفعه فيها فذاك، وإلا فالنظر للشرع الخ.

فأجاب : الحمد لله، المعتبَرُ في القيمة التي توضع في الاستحقاق النقود لا العروضُ ولا الرهن ولا الحميل إلا بتراضي المستحِق والمستحَق من يده كما نص على ذلك أئمة المذهب، وحيث انصرم الأجل المضروب أعلاه ولم يرجع مدعي استحقاق الفرس أعلاه وقد ذهب بها فلمن أُلْفيت بيده أخذُ قيمتها بالحكم، ولا تُرجَى الحجةُ للغائب إذا قدم ولم يثبتها.

ص 196 **ففي نوازل المعيار: سُئل ابن الحاج عمن اعترف دابة أي استحقَّها وأقام بها شبهة توجب له الذهاب بها ووضع القيمة**، ففَعل ذلك، وزاد على الأجل الذي ضُرب له، فأراد صاحب الدابة أخذ القيمة، فأعطاها القاضي إياه ثم قدم بالدابة ولم يثبتها.

فأجاب بأن القيمة تكون للمستحَق منه، وتكون الدابة للذاهِب الذي كان اعترفها، فإن أتى بالدابة وقد أثبتها فتكون له الدابة، ويأخذ القيمة، ويرجع المستحَقُّ من يده على من باع منه إن أحب(هـ).

ونحوه **لابن عبد الرفيع**، نقله عنه المكناسي في مجالسه، وزاد متعقبا عليه: ظاهِرُهُ أنه أخذ القيمة من غير أن يُحْكَم له بها، وليس الأمر كذلك، بل لابد أن يُحكم له بها.(هـ).

قال ابن ناجي: ويَضْرب له القاضي أجلا بمقدار ما يوصله لتلك البلدة ويرده وما يقيم فيه بيِّنته، فإن لم يأت تلوَّمَ له، وإلاَّ حَكَمَ عليه بالعجز.(هـ)، وكتب محمد العربي الزرهوني كان الله له بمنه.

وسئل القاضي الحُميدي عمن أخذ دابة استُحقت من يده، فذهب لبلد البائع فرجع عليه وصاحِبُهَا معه؛ فطلب هذا البائعُ أيضا أن يذهب بها لمن باعها له، فمنعه المستحِق **اعتمادا على ما نص عليه ابن هشام في مُفيده**، من أنه لا يمكَّنُ من الذهاب بالدابة إلا المستحَقُّ من يده خاصة، ولا يتسلسل الذهاب بها لكل من أراده، وعلى ما في المعيار أيضا، ونسَبَه لأبي ابراهيم إسحاق بن ابراهيم قال: إنما ذلك للأول خاصة. فهل ما نُسِب لابن هشام والمعيار صحيح يجب العمل به أم لا؟.

فأجاب : الذي عليه العمل ما قاله ابن هشام، وما نقله السائل من المعيار عن أبي ابراهيم صحيح، أنظره بنحو كُراس من نوازل الاستحقاق.(هـ) كلامه بنقل ميارة في شرح الزقاق. **قال القضاوي**: ما ذكره في المفيد عَزَاهُ لأبي ابراهيم المذكور، وذكر بعدهُ أن في العتبية في سماع أبي الحسن خلافه، **قال: والأول أعدل ، هذا حاصل ما فيه**؛ وما نقلهُ عن أبي ابراهيم واختاره خلافُ ما لابن رشد في المقدمات واقتصَر عليه من أن البائع إذا رُجِع عليه فله أيضا أن يضع قيمة المستحَق ويذهب به إلى بائعه، وهكذا في البياعات ما تكرَّرَ وتناهى، ولم يحك في ذلك خلافا، وكذا ظاهر ما نقله المتيطي عن ابن وهب ولم يحك ما يخالفه. وانظر نص المقدمات في القضاوي، وهل المستحق بحُرية كذلك وهو ما لابن حبيب في وثائقه، أو لا يذهب به وإنما يكتب له

ص 197 القاضي بصفتها، وذكره ابن عبدوس عن ابن القاسم. **وقال ابن كنانة**: تُرْفَعُ معه إن غَرَّتْهُ لا إن لم تَغُرَّه، وهو جَيِّدٌ، فينبغي أن يُحمَل قوله على التفسير لقول ابن القاسم ولقول ابن حبيب(هـ). وانظر المتيطي في فقه وثيقة بيع الرقيق، والتوضيح في باب الغصب .(هـ) من القضاوي بخ.

وفي المعيار: **سئل أبو ابراهيم إسحاق بن ابراهيم: إذا أراد المستحَق من يده الذهاب لبلد بائعه**، فهل تكفيه نسخة من عقد الاستحقاق ويَحْكُم له قاضي ذلك البلد على البائع برد الثمن بذلك أو لا يحكم له إلاَّ إذا ذهب بالعبد أو الدابة بعينها.

فأجاب بأن الحكم بثبوت الصفات والنُّعُوتِ كثبوت ذلك بإحضارهم بأعيانهم، لاكن إن طلب المستحَق منه الذهابَ بأعيانهم مُكِّن منه، لأن إحضار العين أوضحُ وأَبْيَنُ(هـ).

وسئل العلامة المحقق السلجماسي شارح العمل الفاسي بما نصه:

مسألةُ التملك بالاشتراء التي كنت تكلمت فيها معك قبلُ، وأجبتني -حفظك الله عنها - بأنَّ قولهم: (إن الاشتراء لا يملِّكُ، أي لا يُوجبُ الملك، لجواز أن يبيع المرءُ ما لا يملك)، مَحَلُّهُ حيث ذكَرت البينةُ البائعَ وعيَّنته بمنزلة ذكْرِ المحبِّس والمعتق، وأما إذا أبهمته فالشهادة بالملك، المعتمدةُ على الاشتراء صحيحةٌ الخ)، وفي قلبي من الجواب شيءٌ، مع ما ذكره الحطاب عن النوادر عند قول المصنف: « ولا إن شهد باستحقاق وقال: أنا بعته له »[7] فإنه لم يُفَصل التفصيلَ الذي سمعتُه منك سيدي، فنُريدُ من سيدنا أن يراجع ذلك

(7) وذلك في باب الشهادة وشروط الشهود العدول، وفي سياق الحالات التي لا تقبل فيها شهادة الشاهد.

والمعنى: ولا تُقبل الشهادة إن شهد الشاهد باستحقاق الشيء بيد غيره، وقال الشاهد: أنا بعته للمشهود له، لتهمته بقصد رفع رجوعه عليه بثمن إن لم يشهد له، ولأن الشراء لا يُثبت الملك للمشتري حتى يثبت مِلك البائع ما باعه. فقوله: (أنا بعته له) شهادة لنفسه بملك ذلك الشيء، وهي لا تصحّ.

ويمعن النظر فيه ويحرر لنا المسألة أتم تحرير كما هي العادة في أجوبتك، أبقاك الله تعالى لنفع العباد، وأرغم أنف الأعداء لك والحساد، فإنها أي الأجوبة التي تبدُو منك والحمد لله - محَرَّرة مدعَّمَة بالنقول، سالمةٌ من التشويش، بينةُ الفصول، والله يتقبل منا ومن سيدنا الحسنات، ويتجاوز لنا وله السيئات، ويختم لنا وله بالحسنَى، ويجودُ علينا وعليه بالمقَرِّ الأسنى، مع المنعَم عليهم من النبيئين والصدِّيقين والشهداء والصالحين، وحسُن أولائك رفيقا، والحمد لله رب العالمين.

فأجاب : وأما مسألة التملك بالشراء فلم أدر الآن ما كنتُ قلت لك حين تكلمت معي فيها، إلا أن ما ذكرتَ عن الشهادة بالملك، المعتمدة على الاشتراء صحيحةٌ إذا أبهمت البينةُ البائع، إن كنت حفظت ذلك مني فلا أقول به على ظاهره، بل الاشتراءُ وحده لا يفيد الملك، عُيّن البائعُ أو أُبهم لأن البيع كما يكون من المالك يكون من غيره.

ص 198

ففي تبصرة اللخمي: من حضَرَ رجلا اشترى سلعة من السوق فلا يشْهدْ أنها ملكه، ولو أقام رجل بينة أنها ملكه وأقام هذا بينة أنه اشتراها من السوق كانت لذي الملك، وقد يبيعها من لا يملكها.(هـ) بنقل المعيار.

وفي أحكام ابن سهل عن ابن عتاب: أن الشهادة بالابتياع لا توجب الملك ولاكن توجب اليد.(هـ)، نقل ذلك في مسائل النكاح. **وقوله** (توجب اليد) يريد إذا ثبت أن المشتري قبض الشيء المشترىَ من يد البائع، بدليل قول ابن فرحون في التبصرة: ولو قال شهود الابتياع: إنه ابتاعه وقبضه ممن كان بيده لا تفيد ملكيته لبائعه، لأن كونه بيده أعمُّ من كونه ملكا له، والأعَمُّ لا إشعار له بأخصَّ معينا(هـ)، هذا إن لم تشهد البينة بسوى الشراء، وأما إن شهدت بينة مع ذلك أن المشتري حاز وتصَرَّفَ تصرف المالك المدة الطويلة بلا منازع فإن ملك المشتري يثبت بذلك؛ **قال الحطاب وغيره**، نقلا عن النوادر: إذا شهدت بينة بالشراء فلا يَنتفع بها إلا أن يشهدوا له بطول

الملك والتصرف والحوز ولا مانع، سواء ثبت ذلك بشهود الشراء أو غيرهم، وسواء ذكروا الشراء أم لا. (هـ).

ثم هذا كله حيث لا يُسَمَّى البائع، وأما إذا سُمِّيَ وعُيِّنَ فلابد من ثبوت ملكه ليثبت ملك المشتري منه، **لقول المدونة في كتاب الشهادات**: ومن أقام بينة في دار أنه ابتاعها من فلان، وأنه باعه ما ملك، وأقام مَن هي بيده بينة أنه يملكها قُضي بأعْدَلِهما، وإن تكافأتا سقطتا، وبقيت الدار بيد حائزها. **أبو الحسن: لابد من فصلين**؛ أنه ابتاعها منه، وأنه باعه ما ملك، فإذا لم يذكروا في العقد إلا الشِّراء دون هذه اللفظة لم تُعارض بينةُ الشراء الحوز والبينة، بل لا تُعَارِض الحوز وحده.

ومن جواب للشيخ ابن أبي زيد: أن من شُهِدَ له بشيء أنه تملَّكه بشراء من فلان، لا تتم له الشهادة فيه حتى يقولوا: إن فلانا البائع علِمْنا أنه يملكه ويحُوزه حيازة الملك حتى باعه من هذا. (هـ) بنقل المعيار وغيره، هذا تلخيص ما عندي في هذه المسألة، والله أعلم(هـ).

وسئل عن الدعوى المقيَّدة حوله: **إذا عجز المدعي عن إثبات موت جدهم** الذي ادعوا أنهم ورثوا الأرض المدعاة عنه، وعدة ورثته وتناسُخ الوراثات إلى أن يظهر قُعْدُدُهُمْ منه[8]، هل تجب لهم اليمينُ على المقُوم عليهم أم لا؟.

ص 199

فأجاب بأنه لا تلزم اليمينُ على المقوم عليهم إلا بعد إثبات موت الجد المقوم بسببه وعدة ورثته إلى أن خلُص الحقُّ للقائمين؛ **قال ابن الفخار فيما نقل عنه ابن عات في الطرر**: لا يوقَفُ المدعى عليه على الجواب إلا بعد إثبات

(8) سبقت الإشارة إلى أن كلمة القعدد بضم القاف والدال: يُراد بها الشخص الذي يجمع بين الوارثيْن أو بين أحدهما مع الميت، ومعرفة القعدد شرط في سببية النسب باعتباره سببا من أسباب الإرث والتوارث، فلو شهدت البينة بوفاة شخص وانحصار إرثه في ابنيْ عميه، أو لا تدري البينة الشخص الذي يجمع بينهما أو بين أحدهما مع الميت فإنهما لا يرثان معا، فلابد من إثبات بنوتهما للعمومة (أي عم الهالك، والعم أخ لأب الهالك). راجع كتب الفرائض والمواريث في المسألة.

المدعي موت من يقوم عنه وعدَّة ورثته وتناسُخ الوراثات، فإن لم يُثبت ذلك لم يكن له يمين على المطلوب .(هـ) الغرض منه . وفي كلام ابن رشد والمتيطي وغيرهما التصريحُ بنفي التوقيف قبل إثبات ما ذكر، وهو مستلزمٌ لعدم وجوب اليمين، وإلى ذلك أشار صاحب اللامية بقوله:

وإن يكن أهملا .·. ثبوت فعن مطلوب أسقط يمينه،

وفيما ذكر كفاية، وبالله التوفيق.

وسئل عن رجل قام على آخر في فدادين مدعيا ملكيتها، فقال له المقُومُ عليه: الفدادين التي تنازعني فيها قد كنتُ اشتريتها منك ومن أخويك فلانٍ وفلانٍ ومن ابن عمكم فلان، وهذه مدةٌ وأنا أتصرفُ فيها على أعينكم، فطالبه القائم بإحضار عقد الشراء لكونه أنكر البيع، فتأجل في إحضاره ثلاثة أيام، فمضَت ولم يأته بعقد، وبقي يتصرف في ذلك مع تصرفه الأول هذه مُدَّةًمن ثمانية عشر عاما، والحالةُ أن القائم كان ينازعه في خلال ذلك أمام القضاة حسبما برسوم في يده، ولم ينقطع النزاع بينهما إلا مدة من خمسة أعوام، هل ما ذُكر من طول أمد التصرف على عينه يقطع دعواه أم لا لوقوع النزاع بينهما في ذلك حسبما ذكر؟، والسلام.

فأجاب : إن دعوى المقوم عليه الاشتراء من القائم ومَن ذُكِر معه من إخوانه تتضمن الإقرار لهم بتقدم الملك، بدليل قول الشيخ خليل في المختصرِ -عطفا على ما ذكر قبله من صيغ الإقرار- «ووهبتَهُ لي أو بعته»[9].

وفي أحكام ابن سهل -، فيمن ادعى في جارية عند رجل أنه رهَنَها، وقال الآخر: إشتريتُها منك، **قال**: إن لم تكن لهما بينةٌ صُدِّقَ الراهن مع

(9) تقدمت الإشارة إلى هذه العبارة في باب الإقرار من المختصر، وأن المراد بها أن من بيده شيء إذا قال لمدعيه: أنت وهبته لي أو بعته لي فهو إقرار بملك المدعى، ودعوى هبته أو بيعه لا تثبت إلا ببينة أو إقرار من المدعي.

يمينه، لأن المشتري قد أقر له بالملك وادعى الشراء.(هـ)، يريدُ : فعليه أن يُثبت ما ادعى ببينة، وإلا قضي عليه بمقتضَى إقراره، فكذا يقال هنا، وتصَرُّفُ المقوم عليه المدةَ الطويلةَ مع استمرار منازعَة القائم له فيها بمجالس الشرع لا تقوم به حجة على منازعه، لأن شرط الحيازة النافعة للحائز سكوت المحوز عنه.

ص 200 فقد نقل عن الإمام سحنون رضي الله عنه أنه قال –فيمن أثبت في أرض أنها له، وأثبت الذي هي بيده أنه يحوزها عشر سنين بمحضر الطالب– أنه إذا أقام الطالبُ بينة أنه لم يزل يخاصم ويطالب نفَعَه ذلك.(هـ) بخ؛

وإذا لم تنقطع حجة القائم بحيازة المدة التي كان ينازع فيها لأجل النزاع، كذلك لا تنقطع بحيازة الخمس سنين التي سكت فيها، لقِصَرها عن القدْر المعتبر فيها، ولاسيما إن كان للقائم مع ذلك عذرٌ منعه من القيام وأثبته، فيكون سقوط الاحتجاج بالحيازة أولى وأوضح وأحرى، والله أعلم، وبه التوفيق.

وسئل عن نازلة تظهر من الجواب.

فأجاب : الحمد لله، بينةُ القائم باستحقاق البغلة الموصوفة حوله بأنه يملكها، نتجت عنده ولم تخرج عن ملكه في علم الشهود إلى أن سُرقت له قبل تاريخ الشهادة بنحو ثمان سنين مقدَّمة على البينة المرسومة نُسْخَتُها حوله، لترجيحها أي بينة القائم بمرجِّحين: قدمَ التاريخ، وسبب الملك، كما يدل لذلك كلام الشيخ في المختصر، وصاحب اللامية وابن فرحون وغيرهم.

وأصلُ ذلك قول المدونة ما نصه: ولو أن أمة بيد أحدهما –يعني المتداعيين– فأتى أحدهما ببينة أنها له، لا يعلمون أنها خرجت عن ملكه حتى سرقت له، وأقام الآخر بينة أنها له وُلدت عنده لا يعلمونها خرجت عن ملكه بشيء، قُضِيَ بها لصاحب الولادة؛ **قال غيره** : إذا كانت بينة التاريخ

عدلةً وإن كانت الأُخرى أعدل، وليس هذا من التهاتر، ولاكنها لما زادت قدم الملك كانت أولى، كما لو شهدت بينةٌ أن هذا يملكها منذُ عام، وبينة الآخر أنه يملكها منذ عامين فإني أقضي ببينة أبعد التاريخين إن عُدِّلت وإن كانت الأخرى أعدل، ولا أبالي بيد من كانت الأمة منهما،(هـ) وفيه كفاية.

وسئل عما يظهر من الجواب.

فأجاب : الحمد، تَأَمَّلَ كاتِبُه – وفقه الله – النسخة التي بيد حامله، فألفيتُ يمين الاستحقاق المرسومة في الرسم الثاني غيرَ مُجزية، لابد من إعادتها، لأن المعنى الذي كلَّفتْهُ الشريعةُ بأن يحلف عليه – وهو أنه ما باع ولا وهب ولا فوَّت الخ – لم يقع عليه منه يمين.

وبيان ذلك أن ألفاظ الوثيقة صريحة في أنه إنما حلف على صدق شهوده فيما شهِدوا به، والذي شهدوا له به أمران : **أحدهما** ملكه للبغلة الموصوفة في الرسم الأول، **والثاني** عدم علمهم بتفويتها وخروجها عن ملكه، ص 201 ويمينُه على الأمر الأول لا يحتاج إليه، بل يكفي فيه قول الشهود. وأما الأمر الثاني فيمينه عليه لا تكفي، إذ لا يلزم من نفْي علم الشهود بالبيع والتفويت ألا يكون قد باع أو فوت. فلو فرض أنه باع سرا كان بارا في يمينه أن ما شهد به الشهود لحقّ وصدْق، فتحصَّل أنه حلف على ما لم يُطلب منه اليمين عليه وترك ما هو مطلوب بالحلف عليه، وهو نفي البيع ونحوه. **ويدل لما ذكرنا قول ابن سهل** : من استحق مثل هذا يعني الحيوان، لم يُقض له حتى يحلف في مقطع الحق أنه ما باع ولا وهب ولا فوَّت بوجه من الوجوه، ولا يكلَّفُ أن يزيد في يمينه أنه ملكه، لأن البينة قد شهدت بذلك وقطعت به (هـ). بخ. وقوله (وقطعت به)، يُفهم منه أن اليمين إنما تجب فيما شهدت به البينة على العلم، فيحلف المستحق في ذلك على البتِّ، ولا يُحكم له دون هذه اليمين، والمستحِقُّ المذكور في النسخة المتكلَّم عليها في حكم من لم يحلف، وذلك

واضح لمن أنصف، وراجعْ ابن سلمون والمقصد المحمود وغيرهما، وبالله التوفيق.

قلت : راجعْنا ما ذكر وما أمكننا مراجعته من الكتب فوجدنا اليمين كما ذكر، من أنها إنما تكون على البت في مقطع الحق، لا كما هو مسطور في يمين الاستحقاق المذكورة، أن كل ما شهد به الشهود لحقٌّ وصدْق. إلخ.

وسئل عن رجل باع دابة ولم يتخلص من المشتري، ثم إن المشتري تغيب وباعها لآخر، وقُبضت بيد المشتري الثاني، وأقام البائع البينة أنه لم يتخلص في ثمنها، فهل له كلام مع من وجدت بيده، أو يفصَّل فيه بين أن يظهر رسم اشترائه فلا يتكلم معه، وبين أن لا، أم كيف الأمر في ذلك ؟

فأجاب : وأما مسألة من باع دابة ولم يقبض ثمنها ثم وجدها بيد رجل زعم أنه اشتراها فلا كلام له مع الرجل فيها، لأنها خرجت عن ملكه، ولا في ثمنها لأنه دين في ذمة مشتريها منه. نعم، إن غاب المشتري ولم يصدق الرجل في زعمه الشراء، وأراد استيفاء ثمنه منها، بعد إثبات الموجبات المقررة في كتب الفقه، فله ذلك إن لم تقم لحائزها بينة باشترائها والبراءة من ثمنها، وإن كان للغائب ما يعدى فيه غيرها أعدى فيه، إن كان أسهل، لاستوائها مع غيرها في تعلق الحكم بها. ففي الدر النثير: كلٌّ ما تعلق بالذمة لزم تعلقه بكل مملوك لذي الذمة.(هـ).

ص 202 **وسئل** عن المستحق منه ينفق على الشيء المستحق ثم يستحقه ربه من يده، هل له رُجُوع عليه بما أنفق؟، كنتُ تكلمتُ معك فيها سيدي قبل الآن فلم تُجبني بشيء، ثم إني بعد ذلك وقفت على شيء في ذلك عزاه ناقله للشيخ السنهوري، ونصُّه :

واعلَمْ أن كل من أنفق على ما اشتراه وله غلة تُستوفى كالغنم والدواب والعبيد ثم رُدَّ بعيب أو استحقاق لا يرجع بنفقته، بخلاف ما ليس له غلة تُستوفى كالنخل إذا ردت مع ثمرها فإنه يرجع بقيمة سقيها وعِلاجها. (هـ).

ورأيت **أبياتا في هذا المعنى** مروية للشيخ أبي الحسن سيدي علي الأجهوري، ونصُّها :

من استحق منه شيئا ورجع	لربه لكفساد مبتدع
فإنه يرجع بالّذْ أنفقا	إن كان كالصّبغ اتفاقا مغلقا
كإن يك الإنفاق في الأكل وما	له اغتلال أبدا يا فاهما
وإن يكن ذا غلة فيحصر	إنفاقه فيها على ما عوّلوا
فإن يزد إنفاقه عليها	يرجع بها فكن لها نبيها

وقد رأيت في أجوبة الفقيه سيدي أحمد عن أسئلة الشنكطي في الجمَل الهزيل إذا سمن عند المستحَق منه أنه يرجع على مستحقه، فنريد من سيدنا أن يمعن النظر في ذلك، هل هو كذلك أم لا؟، وهل بين مُضَمَّن الأبيات مع ما نسِب للشيخ السنهوري مخالفةٌ أو لا؟، وما هو الحق في ذلك؟، أدام الله عزك.

فأجاب : وأما مسألة رجوع المستحَق منه بما أنفق فما وقفتم عليه في ذلك للشيخ السنهوري صواب، وهو أن الشيء المستحَقَّ إذا كانت له غَلةٌ تستوفى حين الإنفاق كالغَنَم يرعاها ويحلبُها، والدابة يعلفها ويركَبها، والعبد ينفق عليه ويستخدمه، فهذا لا رجوع له فيه، وإن لم يكن له غلةٌ استوفاها كالأشجار يسقيها، والأرض يَحْرثها ويزبلها. فهذا له الرجوع، على خلاف في ذلك كله.

قال في المعيار: وسئل أبو محمد عبد الله بن غالب السبتي عن الأرض المشجَّرة يشتريها الرجل فيحرثها ويزبلها، وذلك مصلحة لشجرها، فاستحقها رجل وأبى أن يعطيه قيمة الحرث والزبل، واحتجَّ بأن ذلك ليس ببنيان ولا غرس.

فأجاب: في هذا الأصل بين أهل العلم تنازُعٌ؛ قال سحنون: لا شيء ص 203 **للمستحَقِّ منه في ذلك لأنه مستهلِكٌ وإن أنفق في ذلك نفقة،** وكذلك مشتري الدابة العجفاء والصبي الصغير والوديِّ فينفق على ذلك حتى يَنْبُتَ ويكبَر ثم يستحَقُّ: إنه لا شيء له على مستحقهم، ورووه عن مالك فيمَن ابتاع جَمَلاً هزيلا فعلفه حتى سَمِن ثم استُحق، أن ربه مخَيَّرٌ في دفع ما أُنفق عليه، أو يأخذ قيمة جَمَله يوم قبضَهُ المشتري، **وقد قال مالك وابن القاسم وأشهب** فيمن ابتاع نخلاً صغارا فلم يأت الشفيع حتى صارت بَوَاسِقَ أن له الشفعة بالثمن ويغرم قدر سقيه وعلاجه، **وقال عبد الملك**: لا شيء له في سقيه وعلاجه، لأنه لنفسه عمل ذلك، **واستحسَن ابن المواز قول مالك وابن القاسم وأشهب وقال: هو الصواب. قال ابن المواز**: وكذلك ما استُحق لا يأخذُه حتى يدفع قيمة ذلك.(هـ). ونقَله في موضعين.

وفي العتبية من سماع يحيى من كتاب الاستحقاق، **قال يحيى**: سألت ابن القاسم عن الأرض تكون بيد الرجل فيستحقها رجل وقد قلبها الذي كانت بيده وأنعَمَ حرثها ليزرعها، قال: المستحق بالخيار، إن شاء أعطاه قيمة عمله وأخذَها، فإن أبى قيل للمستحَق من يده: إن شئت فاغْرَمْ كراءها، وإن شئت فأسلمها بما فيها من العمل.

قال ابن رشد - بعد أن قرر معنى قول ابن القاسم هذا - ما نصه:

وقال سحنون: لا شيء للذي حرث الأرض وزبلها، لأن ذلك مستهْلَكٌ فيها فيأخذها المستحق على ما هي عليه، كالدابة تَسْمَنُ، والصغير يَكْبَر، والاختلافُ في المسألة على اختلافهم في الرجوع للاستحقاق بقيمة السقي

والعلاج، وقولُ **ابن القاسم أصحُّ**، إذ ليس المستحق منه بمُتَعَدٍّ، وإنما عمل على وجه شُبْهة، ولا يَلزم ابنَ القاسم ما احتجَّ به سحنون من الدابة العجفاء تسْمَنُ، والصغير يكبر، لأن النفقة عليها بإزاء الانتفاع بها فلا يصح الرجوع بها، إذ لو رجع بها لرجع عليه بقيمة الاستخدام والركوب، وذلك مما لا يصح، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: «الخراجُ بالضمان». (هـ) الغرض منه.

وأبيات الأجهوري لم أقف عليها في الشرح، لاكن رأيت فيه في باب الخيار التصريح بأن المستحَقَّ منه، له الرجوع بالصبغ، قال – بعد تقريره لقول المتن: «وله إن زاد بكَصبغ»[10] الخ -: وقيل: يكون – يعني الذي ردَّ بالعيب – شريكًا بقيمة الصبغ كالاستحقاق، فإنه في الاستحقاق شريكٌ بقيمة الصبغ ولو لم تحصُل بالصبغ زيادة وفرقٌ، للمشهور بأنه في الاستحقاق أخذَه من يده قهرا وقَد لا يزيد الصَّبغ فيذهب ذلك باطلا، بخلاف العيب فإن خيَرَتَهُ تنفي عنه الضرر (هـ).

ص 204 **وقوله في النظم**: كإن يكُ الإنفاق .·. البيت، لم أفهم المراد به. وأما قوله (وإن يكن ذا غلة الخ) فأشار به إلى معنى قول المختصر في باب الغصب: «وما أنفق في الغلة»[11] وهو موضَّح في الشروح، وما رأيتم في

(10) وذلك في فصل الخيار من باب البيع وأحكامه.
والمعنى وللمشتري -إن زاد المبيعُ عنده بكصبغ (بكسر الصاد وبفتحها) وهو ما يُصبغ به كزعفران- أن يرد المبيع المعيب بعيب قديم لبائعه ثابت له ويشترك مع البائع بمثل نسبة ما زاد من قيمته بصبغه أو خياطته على قيمته خاليا عن ذلك، أو يتمسك به، ويأخذ أرش العيب القديم، وتعتبر القيمة يوم البيع على الأظهر والأرجح الخ.

(11) والمعنى: أن المال الذي أنفقه الغاصب على الشيء المغصوب، كعلف الدابة المغصوبة، ومؤونة الرقيق المغصوب وكسوته، وسقي الأرض المغصوبة وعلاجها، يكون في الغلة للشيء المغصوب، لا يتعداها إلى ذمة المغصوب منه، فإن لم يكن للمغصوب غلة أو زادت النفقة عليها فلا رجوع للغاصب على المغصوب منه، هذا مذهب ابن القاسم في المدونة والموازية، ثم رجع في الموازية إلى أنه لا شيء للغاصب من الغلة في النفقة، واختاره ابن المواز. المصنف: الأول أظهر، لأن الغاصب وإن ظلم لا يُظلم الخ.

جواب الفقيه الهشتوكي جاء على الرواية السالفة عن مالك، وسبق ما يخالفه(هـ).

وسئل عن اختيار المستحَق منه الرجوعَ على من باع منه السلعة ثم أراد أن يرجع إلى الخصام، هل يمكّن منه أم لا؟.

ومنها - سيدي -؛ الذهابُ بالمستحَقِّ إلى بائعه ليوقفه المستحَق منه على عينه؛ هل هو حقٌّ للمستحَق منه أو للمرجوع عليه؟، وكيف إذا لم يطلب أخذَه المستحَقُّ منه واكتفى بنسخة من رسم الاستحقاق، وقال له البائع منه: إئتني بعين المبيع لأنظره؛ هل هو الذي خرجَ من يدي أو غيره وامتنع المستحق منه من إتيانه به، فلمن القول منهما؟، لأنا لم نرهم يذكرون التمكين منه إلا فيما إذا طلب المستحق منه الذهاب بالشيء المستحَق إلى بائعه، ويقولون: إنه يَمكَّن منه بشرط أمن الطريق كما في كريم علمكم، ولم نرهم قالوا ذلك فيما إذا لم يسأله المستحَقُّ منه وألجَأَهُ البائع إلى إتيانه إليه به فيما وقفت عليه؟.

فأجاب : وأما مسألة المستحق منه هل له الرجوع إلى الخصام بعد اختياره الرجوع بثمنه على البائع فلم أقف على نص صريح في عينها، ومقتضَى النظر أن يفصَّلَ فيها، فإن كان هذا المستحَقُّ منه تقيَّدَ عليه في وثيقة الإعذار له إشهادُهُ على نفسه بالموافقة على رسم الاستحقاق ورفْع النزاع والاعتراض كما عند الفشتالي وابن عرضون، فلاشكَّ أنه لا يمكَّن من الرجوع إلى تبطيل ما اعترف بصحته وتجريح من وافق قبلُ على عدالته، لأن كلَّ ما يأتي به حينئذ يكذبه الإشهاد السابق به.

ونظيرُ مسألة الأخذ بالاعتراف الأول والمنع من قبول ما ينافيه مسألةُ من قال عند الإعذار إليه: إنه لا يعرف الشهود، ثم قام بعد ذلك بالمدفع بعداوة،

قال في الوثائق المجموعة: لا يباح له ذلك، لأنه تكذيبٌ لقوله، إذ لا يعادي من لا يعرف.(هـ). فإن ادعى المستحق منه في النازلة أنه لم يفهم ما

تقيد ولا قُرئت الوثيقة عليه، أو أنه لم يقصِدْ ما دلَّ عليه لفظُه لم يسمع ذلك منه.

ففي الحطاب عن البرزلي ناقلا عن تعلقة التونسي - فيمن انعقدَت عليه وثيقة فقال: إنه لم يفهمها قاصدا بذلك سقوطها عنه - أنها تمضي عليه، وقوله المذكور إبطال لها وتزوير لشهودها، وهو باب عظيم إن فُتح للخصوم بطلت فيه حقوق كثيرة، وسَدُّهُ واجب. (هـ) بخ. **ونحوُهُ في صُلْحِ المعيار عن ابن خُزيمة.**

ص 205

وفي البيوع منه عن الشيخ أبي الحسن: إن قال -يعني المشهود عليه-: لم أُرِدْ مقتضَى اللفظ، قيل: إنما يؤخذ المتكلِّم فيما بينه وبين المخلوقين بظاهر لفظه، ولو سُوِّغ لكل متكلم صَرْفُ لفظه عن ظاهره لم يُوثَق بإقرار مُقر ولا عقْد عاقِد، فلذلك أَهملت الشريعة هذا النوع. (هـ) الغرض. وإن لم يتقيد على المستحَق منه إلا قولُه: (لا مدفع لي على بائعي) كما عند ابن فُتوح والجزيري وابن سلمون وغيرهم دون تصريح منه بالموافقة على رسم الاستحقاق فهذا محل النظر.

وحاصل قوله المذكور أنه اختار أحد الأمرين اللذين كان مخيرا فيهما، وأكثر مسائل المذهب التي فيها هذا المعنى تدل على أن المختار يلزمه ما اختاره إذا تعلق باللزوم حق لغيره، ويُعَدُّ باختياره مُسْقِطا لحقه في الأمر الآخر، **وأقرب شيء لهذه المسألة مسألة الطالب يستحلف المطلوب ثم يريد القيام ببينته، ومسألةُ المطلوب يلتزم اليمين المتوجهة عليه ثم يريد قلبها على الطالب، وفي علمكم أن المشهور في الأولى عدم سماع بينته إلا لعذر، والخلافُ الذي بين أبي عمران وابن الكاتب في الثانية،** فعلى المشهور في الأولى وابن الكاتب في الثانية لا يكون للملفى بيده رجوعٌ للخصام في الفرض المذكور، وعلى مقابِل ما ذُكر يكون له ذلك، كما يكون له على المشهور إن كان له عذرٌ، مثل أن يتعذر عليه الرجوع بثمنه لبعد غيبة البائع، أو بجحده البيع، أو لموته أو

عدمه أو نحو ذلك، وحينئذ يكون في خصامه كالنائب عن البائع بلا وكالة للحق الذي له في الشيء المستحَقِّ خوفَ أن يخْسر منه كما يؤخذ من كلام الحطاب عند قول المتن: «وتمكين الدعوى لغائب»[12] الخ، والله أعلم.

وأما مسألة المستحَق من يده يريد الذهاب بالمستحَق إلى بلد البائع لاسترجاع ثمنه فمعلوم أن ذلك له إن طلبه، وإنما أبيح له ذلك وإن كان الحكم بالصفة جائزا عند ابن القاسم، لأن قاضي بلد البائع قد يكون ممن لا يرى الحكم بالصفة، نقل ذلك في المعيار عن أبي ابراهيم، ورَدَّ ابن عرفة هذا التعليل قائلا: ظاهرُ قول المتقدمين والمتأخرين من أهل المذهب وجوبُ إسعاف المستحَق من يده بالخروج بالمستحَق إلى بلد البائع، لا لما ذكر أبو ابراهيم، لأن ذلك جرى بين قضاة الأندلس، والمعلومُ من حالهم الحكمُ بالصفة، وإنما ذلك لتحصيل موجِب الرجوع، لأن المستحَقَّ منه قد يفتقر لإقامة بينة على ابتياعه من المطلوب برد الثمن، والبينةُ على ذلك مع حضور الشيء المستحَق متيسرةٌ غير متعسرة، لكون الإنسان إذا أراد البيع عرفه وأمكنته الشهادة عليه، بخلاف إن كان غائبا، لجواز الذهول وعدم ضبط الصفة(هـ) بخ.

ص 206

فظهر بهذا أن الحق في الذهاب بالمستحَق إنما هو للمستحَق منه الراجع بالثمن لا لبائعه المرجوع عليه، وينبني على ذلك أمران:

---

(12) وذلك في آخر جملة وعبارة من باب القضاء وشروطه وأحكامه، والعبارة بتمامها هي قوله: «وفي تمكين الدعوى لغائب بلا وكالة تردد».
وبيان العبارة وتوضيحها: وفي تمكين شخص من الدعوى لشخص غائب عن البلد احتسابا، خمسة أقوال؛ قول بالتمكين مطلقا، وقول بعدمه، ثالثها لا يمكَّن منها إلا الأب والإبن ومن له قرابة قريبة، رابعها: يمكن من إقامة البينة لا من الخصومة، خامسها: يُمكَّن القريب والأجنبي من الخصومة في العبد والدابة دون توكيل، ولا يمكن منها في غير ذلك إلا الأب والابن.
ففي تمكين الحاضر من الدعوى لغائب وعدم تمكينه منها ترددٌ، على التفصيل الوارد في تعداد الأقوال الخمسة السابقة، وعلى القول بالقيام عنه في كون القيام في قريب الغيبة وبعيدها، وقصْره على قربها قولان، والله أعلم. ومن المعلوم أن كلمة التردد يستعملها الشيخ خليل في مختصره لتردد المتأخرين من العلماء في النقل عن الأقدمين، أو لعدم نص المتقدمين منهم على المسألة كما ذكر في مقدمة المختصر، وديباجته التي تكلم فيها عن مصطلحاته بداخل مختصره.

أحدهما أنه إذا وجد المستحقُّ منه بينة تقطع بأن الشيء المستحَق هو بعينه الذي ابتاعه من فلان هذا المطلوبُ برد الثمن، بأن اتفق حضورُ الشهود للبيع والاستحقاقِ، كفاه ذلك عن تكلُّف إحضار المبيع لبائعه، وقُضِيَ له برد ثمنه.

الثاني : إذا كان الحقُّ للمستحَق منه فالأصل بقاؤه له لا يسقط إلا بأمر محَقَّقٍ لا احتمال فيه، **كما قيل في الأملاك : إن الأصل بقاؤها على ملك مُلاَّكها**، بل الأملاك لا تُنقل إلا بمحقَّقٍ حسبما ذُكر في شركة التوضيح ومواضع من الدُّرِّ النثير ومن المعيار، وليس من الأمر المحَقَّقِ اكتفاءُ المستحَق منه بأخذ نسخة من رسم الاستحقاق عند قصد الرجوع على بائعه بالثمن ظنا منه أنه لا يجحده، فإذا جَحَدَه واحتاج إلى الذهاب بالمستحَقِّ وجب تمكينه منه بالشروط المعروفة عند الأئمة، والقول قوله مع يمينه أنه لم يقصد بترك الذهاب أول مرة إسقاط حقه، والله أعلم.

وسئل عمن ادعى على غيره عرضا أو غيره مما له عينٌ قائمة أنه سرقه له أو صار إليه بإرث، وأنكره المدعى عليه، هل تصح الشهادة عليه مع غيبته أم لا؟، وإذا قلتم بصحتها - حفظكم الله - فهل يحتاج إلى إعادة الشهادة على عينه إذا ظهر بعد إخفائه أو لا؟.

فأجاب : وأما مسألة المدعي على غيره بشيء أخفاه عنه وجحده، هل تصح الشهادة على الشيء مع غيبته؟، فنقول : إذا صحت دعوى المدعي بذكر صفة الشيء وقيمته فالبينة منها ما يصح، ومنها ما لا يصح.

قال ابن فرحون في كيفية تصحيح الدعوى : وإن كانت الدعوى بأنه أتلف عليه شيئا من غير ذوات الأمثال أو غصَبَهُ إياه ولم يكن المدعى فيه قائما بعينه فلابد من ذكر القيمة في الدعوى وذكر الصفة. **وقال بعد ذلك** : (ص 207) ومن ادعى على رجل عبدا أو دابة فأنكر الآخر أن يكون عنده، فأتى الطالب

بالبينة أن المطلوب أقر أن بيده عبدا أو دابة بصفة كذا وكذا الصفة التي ادعى الطالب، فقال سحنون: إن شهدوا أن دابة فلان أو عبد فلان عند فلان فقد تمت الشهادة؛ وإن قالوا: في يده الصفة التي يدَّعي فليس هذا بشيء(هـ).

وبيان **ذلك**، إن شهدوا له بشيء يعرفونه ملكا له، وأن **ذلك** الشيء بعينه عند المدعَى عليه – وهو معنى قولهم: دابة فلان – **فشهادتهم** تامة، وإن لم يشهدوا له بالملك بل بأن الوصف الذي ذكره في يد المدعى عليه وأقر لهم **بذلك** فشهادتهم ناقصة لا عمل عليها.

قال ابن سهل في أحكامه ما حاصله: إنه أفتى في عقد قام به رجل مخاصما في بهو بين داره ودار غيره، ولم يذكر في العقد الملك له ولا لغيره، بل قالوا: إن البهو يعرفونه من حقوق الدار التي حدُّها كذا، فإنه لا يجوز القضاء للرجل بالبهو، لنقصان العقد الذي أظهره، وخلائه من المعنى الذي لا يجب له حق إلا به. **وأفتى الفقهاء بعده بأن على الرجل إثبات ملكه للدار، فكلَّفه الحاكم بذلك**.(هـ). **وقال ابن الحاج في مسائله**: التصريحُ بذِكْر الملك في العقد – يعني عقد الاستحقاق – أصلٌ ينبني عليه الحكم إلى أن يكمل، انتهى.

وكذا لا تصح الشهادة في عكس الصورة الثانية من الصورتين اللتين ذكر الإمام سحنون، وهو، أيْ العكسُ، أن يشهدوا للمدعي بالملك للشيء الغائب ولا يحققون أنه دخل بيد المدعى عليه.

قال في نوازل البيوع من المعيار: وسئل ابن الحاج عمن كتب كتابا من كُتُب العلم، ثم قام على رجل يدعي أن الكتاب كان له وزالَ من يده بوجه ذكَرَهُ، وأتى بعقد تضمَّن معرفة الشهود بذلك، وأنهم سمعوا أن فلانا ابتاعه ببلد كذا، فقال المطلوب: قد فات الكتاب الذي ابتعتُه ولم يكن هذا الكتاب الذي تدعيه أنت، وكل من شهد للطالب لم يشهد على عين الكتاب، فما ترى أن يلزم المطلوب؟.

فأجاب : لا يتوجه الحكم لمستحق الشيء إلا بعد شهادة العدول على عينه والإعذار إليه فيما شهِدوا به، ولا يصح للحاكم الحكم دون تعيين المشهود فيه عنده(هـ) بخ.

ص 208 **وذكره أيضا في نوازل الاستحقاق بعبارة** فيها مخالفةٌ يسيرة لهذه، معزواً لبعض الشيوخ، هل حُكْمُ الشهادة عليه ما لم يحضُرْ عند التحاكم بأن أخفاه المطلوبُ أو فات من يده، وأما ما حضر قائم العين وأتى الطالب له بشهادة شهود شهدوا له به غائبا على الصفة أنه ملكه، فإن كان مما يتميز غائبا بالصفة كالعبد والفرس فالمشهور ومذهبُ المدونة وقول ابن القاسم وسحنون أنه يُكتفى فيه بالصفة، ومُقابله لابن كنانة، **ونصُّ المدونة في ذلك :** ومن ادعى عبدا غائبا بيد رجل وأقام بينة أن ذلك العبد عبده، فإن عَرَفَتْهُ البينة ووصفتْه وحُلَّتَه قُبِلت شهادتهم وقُضي له بذلك، وكذلك هذا في الحيوان والمتاع إذا كان بعينه.(هـ) بنقل المواق..

وفي المفيد أثناء كلام نقلَهُ عن الكافي نحْوُ ما في المدونة، وفي آخِره : ويُقضَى بما شهدت به البينة لمدعيه، قاله ابن القاسم. **قال ابن كنانة :** إنما يُشْهَدُ على الشيء الغائب إذا لم يكن بيدِ أحدٍ، وإلا فلا يُشْهَدُ إلا على عينه.(هـ). **وممن صرح بأن قول ابن القاسم في هذه المسألة هو المشهور الشيخ خليل في التوضيح**، وعلى هذا القول عوَّل المتيطي حيث قال : وتجوز الشهادة على الجارية الحاضرة وعلى الغائبة على الصفة، ثم يكتب القاضي إلى الحاكم الذي هي ببلده بما ثبت عنده فيها من الملك على الصفة، ويرسل كتابه مع شاهدين يُشهدهما عليه، فإن وُجِد في البلد جَوَارٍ كثيرةٌ على تلك الصفة كلَّف الطالبَ أن يثبت أنها واحدة منهن، وإن لم يوجد غيرها في البلد لم يكلَّف ذلك ويُعْذِرُ إلى حائزها فيما ثبت من الملك عند الحاكم الذي كتب به ويُعَرِّفه بالبينة وبما شهدت به وبمن حمل الكتاب، فإن ادَّعى مدفعا أجله

فيه، فإن لم يأت بشيء حكم عليه بعد يمين المستحقِ.(هـ) الغرض بخ يسير، **ومثلُه في الوثائق المجموعة.**

وقولك – أيَّدَكَ الله –: (إذا قلتم بصحة الشهادة، **هل تحتاج إلى** إعادتها على عينها إذا ظهرت بعد إخفائه؟)، لاشكَّ أن الكلام السابق كان في الشهادة بما لم يظهر، وهو محل السؤال، وتقدَّم أنها إنما تصح إذا قال الشهود: ملْك فلان عند فلان، وثمرةُ صحتها أنه يقضى بها على المطلوب بعد الإعذار، ويردُّ الشيء بعينه لمالكه، أو غرم قيمته، فإن ظهر الشيء المتنازَعُ فيه قبلَ الحكم وبعد الشهادة به غائبا على الصفة خرجت المسألة عن موضوعها الأول، وصارت هي المسألة التي سبق الخلاف فيها بين ابن القاسم ص 209 وابن كنانة، وأن المشهور منهما الأول، وهو القول بالصحة. **وعليه لا يحتاج** إلى إعادة الشهادة على العين إلا إذا دعَا المطلوبُ لذلك، أو نازع في أن ما بيده وأظهره هو الذي شهد للطالب بملكيته، فحينئذ تعاد الشهادة على عينه **كما قيل في العقار: إذا توافق الخصمان على الحدود عند التحاكم، وأقر المقُومُ عليه أنها بيده سقطت الحيازة، وإلا فلا، قال الشيخ مصطفى في حاشيته – عند قول المتن:** «وحكم بما يتميَّزُ به غائبا بالصفة»[13] – **ما نصه**: الظاهر من كلامهم أن من طلب الشهادة على عين الشيء يجاب لذلك لكون هذا أقوى وأقطع للحجة وإن كان تجوز الشهادة على الغائب بالوصف ويحكم بها، فتأمله(هـ).

---

(13) وذلك في أواخر الباب المتعلق بخطة القضاء ووظيفته الشريفة وشروطه ومواصفاته المطلوبة. وقبل العبارة المشار إليها في الهامش 12 قبل هذا.

والمعنى: وحكم القاضي بالشيء الذي يتميز عن غيره - حال كونه غائبا عن بلد القضاء - بالصفة، كرقيق وحيوان وكتاب وثوب، ومفهومه أن ما لا يتميز بالصفة كالحرير والحديد لا يحكم به غائبا بالصفة، وإنما تشهد البينة بقيمته ويحكم بها لمدعيه.. الخ.

قلت(*) **: وفي كلام شيخ شيوخنا علاَّمة الزمان وواحد العصر والأوان؛ سيدي لحسن بن رحال ما يُشعر بخلاف ما تقدم عن أولائك الأئمة الأعيان عند قول المتن:** « وإن أتى رجُلٌ بكتاب قاض أنه قد شهد عندي الخ »(14)، **قال الشيخ المذكور:** والشهادة بالصفة كَفَتْ لأجْل الضرورة، **قال:** وفي مسألة من استحقت من يده أمةٌ ويذهب بصفتها ليرجع على بائعها بثمنها ولا يذهبُ بها **ما نصه:** والذي به العمل لا يكفي إلا الذهاب بها، لأنها ضرورة تدعو إلى تركها، فإن تعَذّر الذهاب بها كفت الصفة. ومسألة قول المتن: « وإن أتى رجل »(14) الخ إنما اكتفى فيها بالصفة للضرورة كما تقدم، لأن العبد ليس بيد أحد يدعي ملكيته، وإنما هو عبد آبق، بخلاف ما لو كان بيد أحد يدعي ملكيته فإنه لا يُستحَق بالصفة، وعلى هذا عمل الناس لاستحقاق الشهادة فيه على العين، والدابة يُذهب بها. وإنما كان العمل على الذهاب بالدابة لاشتباه الدواب بعضها ببعض كما في ابن عرفة.

وقد تلخص مما تقدم أن الصفة إنما تكفي عند تعذر الشهادة على العين في الرجوع بالثمن وفي الاستحقاق، بشرط أن لا يَد لأحد على المستحَق يدعي ملكيته، فافهم. **ثم قال:** ومن هذا القبيل إثباتُ أمة أو عبد على الصفة، فظاهره كفاية الصفة مطلقا، وذلك غير صحيح .(هـ) بلفظه بواسطة.

(*) في طرة الصفحة 209 من النسخة الأصلية عند هذه الكلمة العبارة الآتية :
ليس هذا هو السجلماسي، بل تلميذه جامع النوازل هو القائل : قلت، فليتأمل موقعها من الكلام هنا وموضعها فيه، وصلتها به، فإن الكلام يبدو متصلا وسليما بدونها، فليحقق في ذلك وليصحح.

(14) وذلك في آخر الباب المتعلق باللقطة وأحكامها والذي بدأه بقوله: باب، اللُّقَطة مال معصوم عرض للضياع وإن كلبا وفرسا وحمارا، ورُدّ بمعرفة مشدود فيه وبه وعدده بلا يمين.. الخ.
والمعنى: « وإن أتى رجل قاضيا أو واليا بكتاب قاض آخر، مضمونه أنه قد شهد عندي عدلان أن حامل كتابي هذا فلانا قد هرب منه عبدٌ، صفته كذا، ووصفه مالكه، وعند القاضي المكتوب إليه عبد محبوس بتلك الصفة، فليدفع القاضي الذي أتاه الكتاب العبد الذي عنده إلى صاحب الكتاب بذلك الكتاب، والله أعلم.

وسئل عن حكم المستحَق إذا مات بيد المستحَقّ من يده قبل القيام عليه فيه وأراد مدعيه أن يقيم الشهادة على صفته، فهل له ذلك ويكون للمستحق منه الرجوعُ بدَرَكه على بائعه منه؟.

ص 210 **فأجاب** : إن القائم باستحقاق شيء بعد موته لا كلام له مع من كان اشتراه ومات بيده، وإذا كان كذلك فلا يُتَصَوَّرُ رجوع هذا المشتري بالدرك على بائعه، لكون الشيء المشترى هلك في ضمانه، ولا تباعة عليه للمستحِق، وإنما يرجع المستحق على البائع بالثمن الذي باع به أو بالقيمة؛ **قال ابن رشد في كتاب الحلال والحرام: قال مالك** : ومن اشترى عبدا فمات بيده **ثم استُحق فلا شيء عليه(هـ). وقال ابن فرحون في التبصرة** : ومن أقام بينة في عبد قد مات في يد رجل أنه عبده فليس له على الذي مات في يده ضمان حتى تقول البينة : إنه غصبه إياه .(هـ) .

وفي أول كتاب الغصب من المدونة: ولو باعها -يعني الأمة- الغاصبُ من رجل لم يعلم بالغصب فماتت عند المبتاع فلا شيء عليه، ولربها أخذ الغاصب بقيمتها يوم الغصب لا يوم البيع، أو الثمن الذي أخَذ فيها(هـ) .

وفي آخر مسألة من سماع ابن القاسم من كتاب الاستحقاق **قال ابن رشد** : ولو أقام المستحق البينة عليها أي -الجارية- بعد موتها لكانت مصيبتها من الذي كانت بيده، ويرجع المستحِق لها بالثمن على البائع، أو بالقيمة إن كانت أكثر من الثمن إن كان غاصبا. قاله ابن القاسم في سماع عيسى من كتاب الدعوى والصلح، وذلك مما لا خلاف فيه .(هـ)بواسطة.

هذا الحكمُ إذا كان الموتُ قبل قيام المستحِق كما ذكرتم، وأما لو كان بعد القيام وقبل القضاء له فالحكم فيه غيرُ ذلك.

ومن المفيد ما نصه : في سماع أصبغ في الذي يشتري الدابة ويدّعيها رجل في يده فتوقف له فتموت قبل القضاء له بها، فإن كان قد شهد له فيها

عدول وماتت قبل القضاء بشهادتهم فالمصيبة من مدعيها، ويرجع مشتريها على بائعها منه بالثمن كله، وإن أقام البينة بعد موتها فهي من الذي ماتت في يده، ويرجعُ مستحقها على بائعها منه بالثمن(هـ).

وما ذكر من أن المصيبة من مدعي الجارية إذا ماتت بعد شهادة العدول وقبل القضاء موافق للقول الذي جرى به العمل من الأقوال الثلاثة في الحد الذي يدخل به الشيء في ضمان المستحق، وهو القول بأن ذلك إذا ثبت بشاهدين أو شاهد وامرأتين، قال ابن رشد في المقدمات: وهو ظاهر قول مالك في الموطأ، وقول غير ابن القاسم في المدونة، زاد المتيطي: وبه جرى العمل(هـ).

ص 211

وسئل عمن استُحق من يده شيء ثم رجع على البائع منه، فأراد المرجُوعُ عليه أن يخاصم المستحِق، فهل لابد له أن يقيم البينة على التملك أو يكفيه أن يطلب المستحقّ من تمكينه إياه من نسخة من بينته ليبطلها ويطعن فيها؟، أي يمكَّن من الطعن، ويكفيه عن إقامة البينة على تملكه أن الأصل والحوز كان بيده. فما وجه الصواب في ذلك؟، لأن البعض منع من تمكين الطعن وإبطال البينة قائلا: لابد من بينته، ولم يظهر لي.

فأجاب : وأما المسألة الرابعة فالمرجوع عليه في الاستحقاق لا يحتاج لإثبات ملكية، ومن حقه تمكينُهُ من الطعن في بينة المستحِق وإبطال حجته إذا أراد ذلك، لكونه مدعى عليه لا يتم الحكم للمستحِق إلا بالإعذار إليه؛

قال في اختصار المتيطية – بعد حكاية قول ابن وهب في تعارُض بينة المستحق وبينة البائع الأول، كلاهما شهدت بالنتاج، إنه إن كانت بينة المستحِق أعدل من الأخرى، أو كانتا في العدالة سواء، فالأول أحق بالجارية، – يريدَ المستحق –، وإن كانت الأُخرى أعدل فهو – أي المستحَقٌّ منه – أحق، وتمضي البياعات فيها – **ما نصه**:

واعترضه بعض وقال: جعلُهُ إياها للأول عند تكافؤ البينتين خلاف مذهب مالك وابن القاسم، لأن القاضي الأول حكم بها للمستحق قبل الإعذار إلى الآخر الذي أقام بينة بالنِّتاج، فهو حكم لم يتم، ألا ترى لو كان هذا حاضرا وهي في يده وادَّعاها المستحِق، وأقام كل منهما بينة النتاج وتكافأت البينتان، أنها تبقى بيد حائزها، فكذلك يجب أن تبقى بيد من ابتاعها منه، وهو الذي استُحقت من يده أولا، وينتقِضُ ما حكم به القاضي الأول(هـ).

فحيث كان الحكم للمستحِقّ لا يتم إلا بالإعذار إلى الآخر،- وقد عُلم أن من جملة ما لم يُعذر إليه في حق ثبت عليه إبطال الوجه الذي ثبت به؛ إما بتجريح البينة أو المعارضة،- لزم أن يكون البائع المرجوعُ عليه كذلك من حقه تبطيلُ حجة المستحق بأي وجه أمكنه، والله أعلم.

وسئل عن قولهم: إن بينتي الاشتراء والهبة تكونان حجة على البائع والواهب، هل حُجتهما مقيَّدة بالحوز، بأن يكون الشيءُ المدعَى شراؤه وهِبَتُهُ بيد المنازع - أعني مدعي الشراء أو الهبة - أو مطلقا، فقد استشكلتُه، لقولهم: إن الحوز لابد منه، وإن رسوم الأشرية الخالية عن الحوز لا تكون حُجة... الخ.

فأجاب : وأما المسألة الخامسة فرسوم الأشرية والهبات حجة على البائع والواهب، كان معها حوز أو لم يكن، بدليل ما في المعيار أن سيدي عبد الله العبدوسي سئل عمن قام برسم تضمن اشتراء موروثه لأصل من موروث المقوم عليه.

ص 212 **فأجاب : الشراء صحيح ولا يحتاج فيه إلى حيازة، ولا يضرُّ المشتري ولا وارثَه سكوتُهُما طول المدة المذكورة**، هذا إذا قال وارث البائع: إن الأرض المذكورة صارت إلينا من قِبَلِ موروثنا، فيقال لهم: موروثكم مُقِرٌّ بانتقالها عنه إلى مشتريها منه.(هـ) الغرض منه.

وقول من قال: -إن رسوم الأشرية لا تفيد الملك ولا يُستَخرج بها من يد حائز- ، مراده الحائز المدعي الملكية،- غير المشهود عليه بالبيع، أما هو فتقوم عليه الحجة برسم الشراء ويُستخرَجُ به المبيع من يده، كما يؤخذ من جواب العبدوسي هذا ومن جواب ابن الحاج فيمن قام بعقد ابتياع أملاك من المقوم عليه.(هـ) بخ، ونقله ابنُ سلمون مُسَلَّمًا، واعتراضُ صاحب المعيار له ساقطٌ كما أوضحت ذلك فيما كتبناه على العمليات الفاسيات.(هـ).

قلت : ما أشار إليه رضي الله عنه هو قوله -في شرحه لقول العمليات :

لا توجب الملك عقودُ الأشرية * بل ترفعُ النزاع عند التسوية

بعد سرد نقول -ما نصه: قلت: اعتراض الونشريسي هذا- وإن نقله ميارة في شرح التحفة مسلما- غيرُ ظاهر، وما استند إليه صاحبه من أن رسوم الأشرية لا تفيد المستظهر بها ولا تستقل في الإخراج بها من يد الحائز لا ينهَضُ حجة على ابن الحاج، لأن ذلك حيث يكون القيام برسم الشراء على غير البائع، وأمَّا البائع نفسه فيُنتزع منه ما شُهد عليه في الرسم أنه باعه ممن قام عليه؛ وما في نوازل ابن الحاج من هذا، ألاَ ترى قول ابن لب: إذ ليست حجة إلا على جهة البائع، فإنه يدل على ما ذكرنا؛

ونحوُهُ للإمام سيدي عبد الله العبدوسي -على ما يعطيه سياق المعيار،- **ونصُّهُ: سئل عمن قام برسم تضمن اشتراء الخ ما هنا سؤالا وجوابا، وزاد بعده ما نصه**: وفيه دليل على أن الحجة تقوم برسم الشراء على البائع وورثته، ويُنزع به من أيديهما وهو المطلوب، ولو تتبعت ما وقفت عليه من المسائل الدالة على هذا المعنى لطال ذلك، وفيما سطر كفاية في المراد من تصحيح ما لابن الحاج وسقوط اعتراض صاحب المعيار. إنتهى بلفظه.

ص 213 **وسئل عن قولهم: (لا يردُّ المشتري الغلَّة في البيع الفاسد)**، هل هو على إطلاقه ولو كان المشتري عالما بالفساد ودخل عليه؟، وعليه فيعارضه ما

في التحفة من قولها في فصل الحُبُسِ: « واتَّفَقُوا معْ علمه قبل الشراء »[15]، على أن مسألة رد المشتري الغلَّة في الحُبُس مشكلة وواردة على قولهم: (لا يرد المشتري الغلة في البيع الفاسد)، وهذا منه، اللهم إلا أن يقال: إن الفاسد الذي تُرَدُّ فيه الغلة هو ما كان خارجا عن العقد.

وأيضا - سيدي - إذا تعدد البيع في السلعة واستُحِقَّتْ، هل لمن استُحِقَّت من يده أن يرجع على أي البائعين لها من قبله إن شاء، قياسا على الشفيع في قول المتن: « وأخذ بأي بيع شاء »[16]، أو ليس له أن يرجع إلا على من باع منه لا غير.

فأجاب : أما مسألة الغلة فالراجح فيها أن المشتري شراء فاسدا إذا فُسِخ شراؤه لا يرد الغلة ولو علم بفساد البيع، وما في التتائي من تقييد قول الشيخ: - (ورَدَّ ولا غلة) - بما قبل علمه بالفساد قال الشيخ أحمد الزرقاني: هو مخالف لظاهر كلام المصنف.(هـ).

وقال الشيخ مصطفى في رد التقييد المذكور ما نصه:

أطلق في المدونة في عدم الرد الغلة، وكذا ابن الحاجب، وقرره ابنُ عبد السلام والتوضيحُ على ظاهره، واقتصر ابن عرفة على كلام المدونة، والإطلاقُ هو المطابق (للخَراج بالضمان)، إذ علِمُهُ بوجوب الرد لا يُخرجه

---

(15) هو شطر ثان لأحد بيتين في الموضوع، وهما قوله:
« ومن يبيعُ ما عليه حُبِسا .·. يُرد مطلقا، ومعْ علم أسا
والخلف في المبتاع هل يُعطي الكرا .·. واتفقوا معْ علمه قبل الشِّرا. .الخ.
أنظر شرح البيتين وما بعدهما من الأبياتَ الأخرى في شرحي الفقهين الجليلين: التاودي والتسولي رحمهما الله.

(16) سبقت الإشارة إلى هذه العبارة وبيانها في الهامش 6 من نوازل هذا الباب، وأن العبارة مذكورة في باب الشفعة من متن المختصر الخليلي في الفقه المالكي وبيان ما به الفتوى من المشهور والراجح في مذهب الإمام مالك رحمه الله ورضي عنه، ورحم سائر أئمة وعلماء المسلمين، ورضي عنهم أجمعين.

عن ضمانه، ولذا قال **السنهوري: لا يردها ولو علم بالفساد**؛ ولم أرَ من ذكَرَ القيد الذي ذكره - يعني التتائي، وقد أطلق الشارحُ في شروحه وشامله. (هـ).

وما لاح لكم من الإشكال والتعارض بين هذا وبين ما في التحفة وغيرها -من أن مشتري الحبس يرد الغلة - مدفوع بظهور الفرق، وذلك أن المبيع بيعا فاسدا ينتقل فيه الضمان للمشتري بالقبض، ويملكه إذا فات بيده إما بالثمن أو بالقيمة، ولا كذلك الحبُس فيهما.

أما عدم انتقال الضمان فيه فيدل له قول ابن رشد في المقدمات: ومن اشترى أصلا فاستُحق من يده بحُبس **فقيل**: إن الغلة تطيب له بالثمن الذي أدى وهو رواية عيسى عن ابن القاسم، **وقيل**: إنه يرد الغلة وهو ظاهر قول ابن القاسم في المدونة لأنه علَّق الغلة بالضمان. (هـ) بخ. ففيه دلالة على أن الحبس لا يضمنه مشتريه بالقبض، ولذا قيل فيه: يرد الغلة، والقول الأول علل فيه عدم الرد بأداء الثمن لا بضمان المبيع، والقولُ برد غلة الحبس نقل - في المعيار عن الخطيب أبي القاسم ابن جزي - أنه رواية علي ابن زياد عن مالك، وهي قوية من طريق النظر، لأنها مبنية على أصل مستند إلى قول رسول الله ﷺ: «الخراجُ بالضَّمان» (هـ) الغرض.

ص 214

وقوله (مستند) الخ، يريد أنها تؤخذ من مفهوم الحديث؛ وهو أن من لا ضمان عليه لا يكون له الخراج كمشتري الحبس.

وأما عدم تملك المشتري له بالفوات فهو مقتضى جعل الأئمة مِلك المحبّس لا يزول عن حُبُسه، ولذا قال ابن عرفة في تعريفه: الوقف - مصدرا - «إعطاءُ منفعة شيء مدة وجوده لازما بقاؤه في ملك معطيه ولو تقديراً»، إنتهى.

وفي هبة المدونة: الحبُسُ لا يُقْسَمُ ولا يُملك أصله.

وفي النوادر عن ابن العطار الحبس على ملك محبسه إلى يوم القيامة(هـ). نقل هذا كله صاحب المعيار.

وأما مسألة رجوع المستحق منه فالحكم أنه لا كلام له مع غير بائعه مادام يمكنه استرجاع ثمنه منه، لأن عهدته عليه، نعم، إذا تعذر الرجوع عليه بغيبة وشبهها فحينئذ يكون له الرجوع على البائع من بائعه، لكونه غريم غريمه، فإن تعذر رجع على من قبله يليه، وهكذا الأقرب فالأقرب على ما يظهر، إذ لم نقف على نص صريح في غير البائعين الأخيرين كما يأتي.

ومن الدليل على أن رجوع المستحَق منه بالثمن لا يكون إلا على بائعه عند الإمكان قول المدونة في كتاب الشفعة: وعُهْدَةُ الشفيع على المبتاع خاصةً، **كتب عليه ابن ناجي ما نصه**: يعني أن عهدة الشفيع باعتبار الثمن في الرد بالعيب والاستحقاق إنما هي على المشتري، لأنه كبائع للشفيع، والشفيعُ كمشتر منه(هـ). ولا يخفى وجهُ الاستدلال به.

وأما رجوعه على البائع الأول عند التعذر فيدُلُّ له قول البرزلي: لو قال المشتري للبائع: أعطني عقد شرائك فذلك له، وفائدتُهُ إذا طرأ الاستحقاق رجع المشتري على من وجد منهما، لئلاً يدعي البائعُ الأول أنه لم يبع قط، وله في الاستحقاقِ الرجُوع على غَريم الغريم.(هـ) بنقل الحطاب.

وما أشرتَ إليه من قياس المستحق منه على الشفيع في أخذه بأي بيع شاء لا يصح، للفرق الظاهر بينهما؛ وذلك لأن الشفيع حقه في الشفعة ثابت على كل مشتر وقت اشترائه، فإذا تعددت في الشِّقْصِ المشفوع بياعات في غيبته مثلا ثم حضر انكشف له أن حقوقا وجبت له في غيبته، بأيها طلب قُضِيَ له به، **لقول المدونة**: ومن ابتاع شِقْصًا ثم باعه وتداولته الأملاك فللشفيع أخذه بأي صفقة شاء.(هـ)، بخلاف المستحَق من يده لم تجب له العهدة التي بها يستحق الرجوعَ إلا يوم اشترائه المتأخر عن اشتراء غيره، وأما

ص 215

قبل ذلك وهو وقتُ انعقاد البياعات التي قبله فكان أجنبيا، فلذا لم يجب له فيه حقٌّ على أحد البائعين غير الذي ابتاع هو منه، و**إذا ظهر الفرق امتنع القياس، وذلك واضح.**

نعم، المستحقُّ له شَبَهٌ بالشفيع في ثبوت الحق له وقت انعقاد البياعات في الشيء المستحَق، ولأجل ذلك جُعل له الخَيارُ في أخذِ الثمن ممن شاء إمضاء البيع له من المشترين. **قال الحطاب عند قول المتن في باب الغصب: «ولربه إمضاءُ بيعه»**[17] **ما نصه**: قال مالك فيمن باع سلعة فاستحقها صاحبها وقد دارت في أيدي رجال: إنه يأخذ الثمن من يد أيهم شاء(هـ).

تقييدُ مُبيضة تتضمن ما احتيج إليه من رسمين بقصد السؤال عما أشكل من الحكم في النازلة.

فمن الأول بعد الحمد لله: في عِلْمِ كاتبه أنه لما ترافع المكرم محمد بن المنصور والسيد محمد بن موسى للشرع على شأن البلاد التي يتنازعان عليها الآن كَلَّفَ الشرع محمد بن المنصور ببيان دعوته لأنه كان المدعي، **فأجاب** بأن البلاد ملكي تملَّكْتُهَا فيما سلف بالشراء من عند القاضي سيدي محمد بن عبد الصادق بعشرة مثاقيل.

ومن الثاني بعد الحمد لله: بمجلس الشرع تنازَع الشرقي بن الخديم، النائبُ عن أبيه المذكور وعمه السيد محمد بن المنصور مع السيد مسعود بن رحُّو في شأن أرض أولاد محمد بن إبراهيم، فادعَّى الشرقي المذكور أن

(17) وذلك في أثناء الباب، وفي سياق ما يكون للمغصوب منه من حق إمضاء بيع الشيء المغصوب وعدم إمضائه؛ فقال: «ولربه إمضاء بيعه ونقض عتق المشتري، وإجازته».
والمعنى: وإن باع الغاصب الشيء المغصوب فلربه إمضاء بيعه لصحته وإن لم يلزم، وإن اشترى شخص رقيقا من غاصب وأعتقه فلمالكه فسخ عتق المشتري، وأخذ الرقيق، ويرجع المشتري بثمنه على الغاصب وله إمضاء عتق المشتري وتنفيذه، واتباع الغاصب بقيمته يوم غصبه، أو بثمنه الذي قبضه من المبتاع، وإن أجازه فقد تم عتقه، وتم ما ترتب عنه من شهادة وإرث ونحوهما... الخ.

الأرض المذكورة ملك لجده المنصور، تملَّكها أبوه وعمه من يد والدهما المذكور(هـ).

والسؤال نصه: ما يقول ساداتنا الأعلام في نازلة الأرض المذكورة؟، هي بيد الرجلين المذكورين: السيد محمد بن المنصور وأخوه(*) الخديم نحوا من ستين عاما يملكانها ويتصرفان فيها بأنواع التصرفات، قام عليهما فيها رجل وهو مسعود بن رحَّو، **إدَعى أولا أن الأرض لبيت المال لانقراض أربابها**؛ أولاد محمد بن ابراهيم عن غير وارث يُخاصمهما بذلك، إلى أن قهره الحق، ثم رجع وادعى بعد ذلك أن الأرض له ولموكليه وهم إخوته لأبيه، وقال: إن والده كان تزوج بنت رجل يقال له شهبون، فماتت عن زوجها المذكور ص 216 وبنيها منه، وزعم أن شهبون المذكور وارثٌ بالعصوبة في الأرض المقُوم فيها؛ واستظهر برسم فيه شهادةُ قوم مجهولين أن شهبونَ ابنُ عم محمد بن ابراهيم، فتحاكم هذا القائم مسعود مع وكيل الآخرين المذكورين وهو الشرقي ابن الخديم المذكور في الرسم الثاني إلى بعض أهل العلم، فلما جلسا بين يديه وأدلى مسعود بالرسم الذي ذُكِرَ فيه شهبون طلب منه الشرقي نسخة الإعذار إليه فيه، فأبى أن يمكنه منها وقال له: إنك ناقضتَ قولَ عمك الذي أنت وكيل عنه، واستظهر بالرسمين المقيَّد منهما ما سبق وقال له: تناقُضُكُما دليلٌ أن الأرض ليست لكم، وقيل للشرقي المذكور: إن لم تَحُلَّ هذا التناقض ثبت الحق للقائمين في الأرض، فهل ساداتنا، الأمرُ كما قيل للشرقي المذكور من أنه إذا عجز عن حل التناقض ثبت الحق للقائمين، أو لا يلزمه النظر في ذلك، ولا يثبت الحق للقائمين إلا بموجبات الاستحقاق؟ **جوابا شافيا**، ولكم الأجر من الله، والسلام.

(*) كذا في الأصل: أخوه بالرفع، ولعله على تقدير: هما السيد محمد وأخوه، ويجوز جرّه على البدلية من الرجلين المذكورين: محمد بن المنصور وأخيه الخديم، فلكل وجه من القاعدة النحوية.

الجواب بعون الله تعالى : إذا كان الأمر كما ذكر فدعوى مسعود ساقطة بالنسبة لما قام فيه بنفسه، لتناقُض دعواه، لأن ادعاءه الأرض أولا لبيت المال يُكَذِّب دعواه آخرا أنه وارث فيها، **وأما بالنسبة إلى ما قام به لموكيله**، فإن لم يكن له شيء يَستظهر به سوى الرسوم الثلاثة فكذلك دعواه ساقطة، وتكليفُ الوكيل الشرقي بحل التناقض الذي بين كلامه وكلام موكله تكليف بما لا فائدة فيه، فإن اختلاف مقال الشرقي وعمه لا يستلزم تصديق مسعود في دعواه ولا الإقرار له، وحينئذ فلا يثبت الحق في الأرض للقائمين بمجرد عجز خصمهم الشرقي عن حل التناقض كما ظن وكيلهم، **على أن تقييد المقال على ابن المنصور أو وكيله، وتكليفَه ببيان أصل ما بيده من أين مَلَكَهُ قبل أن يُثبت القائمُ عليه موجبات سماع الدعوى لا وجه له، والله أعلم.**

ومقتضى نصوص الأئمة أن ابن المنصور لا يكلَّفُ برفع إلى الحاكم، ولا يُطلَبُ بجواب يقيَّد عليه حتى يُثبت مسعودٌ موتَ الموروث الذي قام بسببه، وهو محمد بن ابراهيم، وعدَّة ورثته، وتناسُخ الوراثات إلى أن خلص لموكليه وله من الأرض ما خلص، ولا ثُبوت لشيء من ذلك بالرسم المذكور في السؤال.

ص 217 **قال ابن سهل في أحكامه**: طريقةُ الحكم التي مضَى بها العمل أن على كل من طلب حقا بسبب ميت أن يكلف إثبات موته وعدة ورثته وإن كان موته مشهورا عند الحاكم وغيره(هـ).

وقال أيضا – في امرأة قامت تدعي عند القاضي أن زوجها توفي، وأن أخاه حاز جميع ما ورثه هو وزوجها من أبيهما –: إن الإجماع من علماء المذهب على أنه لا يجب على القاضي رفع أخي زوجها إلا بعد إثبات الموت وعدة الورثة(هـ)، ومن لا يجب رفعه كيف لا يكلّف بالجواب وحَلِّ التناقض الواقع بين قوله وقول مُوكله.

ونقل ابن سلمون وابن فرحون وغيرهما عن ابن رشد: الذي مضَى عليه العملُ أن من ادعى عقارا بيد غيره وزعم أنه صار إليه عمن ورثه عنه أن المطلوبَ لا يُسْأل عن شيء حتى يُثبِتَ الطالبُ موتَ موروثه الذي ادعى أنه ورث ذلك عنه، فإذا ثبت ذلك وقف المطلوب حينئذ على الإقرار والإنكار خاصة، ولا يُسأل من أين صار إليه، فإن أنكر وقال: المال مالي، والملك ملكي، أُكتُفِيَ منه بذلك ولم يَلزمهُ أكثر من ذلك، وكُلِّف الطالب إثبات الملك للذي زعم أنه ورثه عنه. **ومثل ما مر لابن سهل وصَدْرَ كلام ابن رشد نقله المتيطي عن المدونة.**

إذا ثبت هذا فالشهادةُ بأن شهبون بن عم محمد بن ابراهيم لا تكفي القائم فيما يجب عليه إثباته قبل سماع دعواه؛

أما أولا فلأن في السؤال شهودَ الرسم مجهولون، ومن حق الخصم أن يعين له الشهودُ ليتأتى له الإعذار فيهم، فإذا تعذرت معرفتهم لم يُقض بشهادتهم. **ويدل على لزوم تعيين الشهود** قولُ القاضي سيدي عبد الرحمان اليزناسني في بعض أجوبته: لا يجب على المشهود له إحضارُ البينة؛ وإنما يجب عليه تعيينها للمشهود عليه، ولا يحكم الحاكم عليه بها حتى يعنيها ويُعْذرَ له فيها.(هـ) بنقل المعيار. **وفي وثائق ابن سلمون**: يلزم القائم بالعقد أن يعين للمقُوم عليه الشهود ويُعَرِّفه بهم إن لم يعرفهم(هـ).

وأما ثانيا فلأن العمومة كالأُخوة، ولا تقبل الشهادة في باب الميراث من غير العالم إلا مفسَّرة، إذ تحتمل أُخُوَّةُ العمين أن تكون من جهة الأم فقط فلا ميراث، ومُجَرَّدُ الاحتمال يمنع القضاء كما في غير موضع من كلام الأئمة.

وفي أحكام ابن سهل: إن كان الشهود إنما شهدوا أن أخاهما فلانا وفلانا ورِثا، ولم يبينوا كيفية الأُخُوة، فهي شهادة ناقصة، وأشار الزَّقاق في اللامية إلى مثل ذلك.

ص 218 **وأما ثالثا** فإن محمد ابن ابراهيم ترك أولاده وهم الذين اشتهرت نسبة الأرض إليهم، **فقيل فيها** : بلاد أولاد محمد بن ابراهيم، ومعلوم أنه لا ميراث لابن العم مع الأولاد، وحينئذ فلا يثبت الميراثُ لشهبون إلا بعد موتهم، فلابد إذا من إثبات موت من مات منهم وحصْر ورثته، كما أنه لابد من حصر ورثة أبيهم محمد بن ابراهيم، كل ذلك ببينة تعرف الموت والورثة معا، والغالبُ تَعَذُّرُ وجود من يَشهد بذلك اليوم لِقِدَمِ الزمان.

فظهر بما تقدَّم من النصوص ما يجب على القائمين إثباتُه من موت موروثهم وعدة ورثته ولو كان المقومُ عليهم مقرين بتلك الأرض لذلك الموروث؛ وأما إن لم يقروا بذلك فلابد أن يثبت القائمون الملكية مع ذلك. **قال ابن الحاج في مسائله : ثبوت الملك للموروث، والتصريحُ بذكره في العقد أصلٌ ينبني عليه الحكم إلى أن يكمل(هـ) وتقدم أيضا قول ابن رشد** : فإن أنكر وقال : المالُ... إلخ، وعليه فلا يثبُتُ المِلك في الأرض المتنازَع فيها لمحمد بن ابراهيم بكونها معروفة ببلاد أولاد محمد بن ابراهيم وتُنسب إليهم، إذ كثيرا ما يكون الملك لشخص والنسبة لغيره، وذلك نحو ما ذكر الشيخ ميارة – عند قول التحفة : « وكان ذا تسمية معروفة »[18] – أن التسمية مثل بعض الأجنة عندنا،[19] اشتهرت بأسماء صارت علَما عليها كابن الصَّفار وابن القضيب وحجاجة واللب وجنان الخادم(هـ).

[18] شطر بيت من فصل الاستحقاق، مسبوق ببيت آخر قبله، وهو قول ناظم التحفة:

وجاز أن يُثبت ملكا شُهدا ∴ وبالحيازة سواهم شهدا
إن كان ذا تسميةٍ معروفةْ ∴ ونسبةٍ مشهورة مالوفَةْ.

[19] المراد : جمع جنّةٍ، وهي البستان والحديقة ذات الأزهار والأشجار المختلفة، وتجمع الجنة جمع مؤنث سالما على جنات، وجمع تكسير، جنان، كما هو الجاري كثيرا على الألسنة، والأجنة : جمع أيضا للجنين، وهو الحمل في رحم المرأة إلى حين الوضع، ومنه الآية الكريمة ﴿ **هو أعلم بكم إذ أنشأكُم من الأرض وإذ أنتم أجنّةٌ في بطون أمهاتكم، فلا تزكوا أنفسكم، هو أعلم بمن اتقى** ﴾ س. النجم32.

ولأجل كون النسبة لا تستلزم الملك إلا بشروطه لم يَجُزْ للشاهد بالملك أن يعتمد في شهادته عليها وحدها، بل لابد أن ينضم إليها اليد والتصرف وعدم المنازع وطول المدة، نُقِل ذلك عن المازري والشيخ أبي الحسن وغيرهما. وإذا احتاج القائمون إلى إقامة البينة على ملك الموروث الذي قاموا بسببه فلابد أن يكون الشهودُ قد أدركوه وعرفوه، وإلا ردت شهادتهم. **قال صاحب الدر النثير**: وفي مختصر الحديرية -في شهود شهدوا بالملك لمن لا يعرفون عينه ولا أدركوه بأسنانهم، واستمراره إلى أن توفي، فورثَه ورثته، واستمَرَّ ملك الورثة على ما يجب - أن ذلك غيرُ عامل، قاله ابن رشد(هـ).

فإن احتج مسعودٌ وكيل القائمين على ثُبوت الملك بقول أحد الإخوين في الرسم الأول: إشتَرَى من القاضي، **قيل له**: إن قوله ذلك لا يكون إقراراً بالملك لأولاد محمد بن ابراهيم، لأن الرسم إنما فيه اشترى من القاضي، ولم يذكر فيه أنه قال: اشتريتُ من القاضي مِلك بني فلان، وقد يكون القاضي باع ملك نفسه أو باع ملك الغير لموجب ذلك، **وهذا الإقرار وقع في أحكام ابن سهل في مسألة بني مرين قال فيه أبو صالح أيوبُ ابن سليمان**: أما شهادتهما - يعني الشاهدين - على جعفر بالإقرار بالابتياع من محمد بن سعيد فغير ضار لورثة جعفر، لأنه إنما أقر أنه ابتاع من محمد ولم يقُل من محمد بن سعيد ما كان ورثه عن أبيه سعيد، وقد يكون للوالد والولد المال في القرية الواحدة.(هـ).

ص 219

على أنه إذا ثبت ما في السؤال من حيازة أولاد المنصور في الأرض المتنازع فيها نحو الستين عاما وجب القضاء لهم بها، ولا يضرهم تقدم ملك أولاد محمد بن ابراهيم. وإن ثبت **ففي الوثائق المجموعة قال مالك رحمه الله: الحيازة أقوى ما بأيدي الناس، ويقول**: هذه الدار التي أسكنها كانت لعبد الله بن مسعود، فلو كُلِّفَ ساكنها إثبات الوجه الذي خرجت به من أيديهم لما استطاعه(هـ).

وبعد كتب جميع هذا أراد السائل السؤال، هل تُعقل الأرض على أولاد المنصور بدعوى القائمين عليهم فيها ويمنعون من حرثها أم لا؟.

الجواب، والله الموفق: إنها لا تُعقل عليهم أرضهم بالدعوى، ولا تُرفعُ يدهم عنها، ولا يُمنعون من حرثها إلا بعد قيام البينة العادلة وحيازتها لما شهدت به. **قال ابن فرحون في تبصرته: الاعتقال في الرَّبْع على وجهين، فذكَر الوجه الأول ثم قال: الثاني:** بعد أن يُثبت المدعي دعواه في ذلك بشهادة قاطعة ويُحَازَ الرَّبْعُ على ما يجب، ويدَّعي المستحَق منه مَدْفعا فيما قامت به البينة للمدعي، فيُضْرَب للمستحَق منه الآجال ويوقَفُ المدعى فيه حينئذ بأن تُرفع يد الأول عنه، فإن كانت دارا اعتُقلت، وأرضا مُنِعَ من حرثها الخ.

ففُهم منه أنه إذا لم تَقطع البينة لم تُرفع يد المدعَى عليه عن الربع، ومثلُ البينة التي تقطع، المشّاهدُ الواحد العدْل، وإنما يوجب ذلك الاعتقال بمعنى المنع من التفويت، والمرادَ بالشهادة القاطعة -والله أعلم- البينةُ التي يقضى بها لعدالتها عند القاضي، وعليه فالتي لم تقطَعْ هي التي يُنْظَرُ في تعديلها، وبالله التوفيق.

قلت: بل التي لم تَقْطع هي شهادة السماع، فلا يُنتزعُ بها من يد حائزٍ.(هـ) مؤلف.

وسئل عما يظهر من الجواب.

فأجاب: إذا ثبتَ على القائم في استحقاق الدابة مقالٌ يناقض دعواه أو يخالف ما شهد له به لم يحكم الحاكم بتلك البينة، سواء اختار المقومُ عليه الرجوعَ أو الخصام، وإذا خاصم وقُضِيَ عليه للقائم لم يمنعه خصامه من الرجوع على البائع إن كان خاصم لعذر، وقد ذكر السائل أن البائع منه غائبٌ على مسيرة ثلاثة أيام مع خوف الطريق، وذلك من أبين الأعذار، والخوفُ ينزل الغَيبة القريبة في حكم البعيدة.

ص 220 **وذكر السائل أيضا أنه لم يكتب عقدا يتضمن الشهادة على البائع بالبيع**، وإذا كان كذلك فمن الجائز أن ينكره إذا ذهب ليرجع عليه بالثمن، فهذا عذرٌ آخر للمقوم عليه في عدم سقوط حقه من الرجوع بالخصام. **ويدل لما ذكرنا قولُ الشيخ سيدي الحسن بن رحال في شرحه**: يجب على القاضي التفطنُ لمسألة، وهي أن الناس، منهم العارف والجاهل، فربما يقول المستحَقُّ من يده للمستحِق: نراجع شهودك، جهلا بأن ذلك يضر، أو لغيبة البائع منه، أو خوف إنكاره البيع، وربما يكون في شهادة الشهود ما يبطلها ويريح المستحَقَّ من يده من الرجوع، مع إصراره على أنه إذا تمت الشهادة رجع، وربما يحكم القاضي عليه بعدم الرجوع بمجرد نظره في البينة، وذلك غير صحيح. إنتهى الغرض منه ببعض اختصار. **ولا يخفى أن النظر فيما يبطل الشهادة من قول القائم مثلُ النظر فيما يبطلها عند المراجعة للشهود، والله أعلم.**

قلت: ما نُقل من شرح الشيخ سيدي الحسن بن رحال برَّد الله ضريحه، نحوُه في حاشيته أيضا على الشيخ ميارة شارح التحفة.

وسئل عن قولهم: (إن الحيازة القاطعة لحق القائم إنما تنفع فيما جُهل أصله لا فيما عُلِمَ أصله) كما نقله الحطاب -عند قول المصنف: «وإن حاز أجنبي»[19م] **- في فروع ذكرها هناك**، يُشكِلُ عليه ما ذكره في الدُّرِّ النثير، -نقلا عن ابن رشد في سماع يحيى -، في امرأة قام ورثتها يطلبون حظها من متروك والدها من أخ وابني أخ لها، وأنه أجاب عن ذلك بأن سكوتها مدةَ الحيازة قاطع لحقها ومانعٌ من قيام ورثتها فيما يطلبون من حظها من متخلَّف والدها، فأين قولهم: (لا تنفع الحيازة إلا فيما جُهِل أصله لا فيما عُلم) مع كون المقوم عليهم لم يدَّعوا ناقلا لحقها إليهم من هبة لهم أوْ صدقة عليهم، مع أن الأصل معلوم لها، ولم يحتجوا عليها فيها إلا بمجرد السكوت أمد الحيازة.

(19م) وذلك في أواخر باب الشهادات، كما سبقت الإشارة إليه في تعليق سابق عن هذه العبارة وبيان معناها وموقعها في ذلك الباب من المختصر.

فأجاب : وأما مسألة الحيازة فما نقل الحطاب ـ من قولهم إنها إنما تنفع فيما جُهل فيما علم أصله ـ فصحيح، نقله غيرُ واحد مُسَلَمًا، بل هو حتى في أحباس المعيار عن أبي سالم اليزناسني، وما في الدرّ النثير مما يوهم أن الحيازة تقع في معلوم الأصل وتقطع حجة القائم فيه فجوابه أنه لا إشكال في ذلك، لأن ابن القاسم لم يرتب قطع الحجة على سكوت المرأة مدة الحيازة فقط، بل على سكوتها مع اقتسام الورثة بعلمها غير مدعية شيئا ولا طالبة له، **ومعلومٌ أن الشيء مع غيره غيرُهُ وحده؛ ويظهر ذلك بنقل ما في الدر النثير، ونصه**: في سماع يحيى من كتاب الاستحقاق في امرأة هلك زوجها وترك منزلا ورقيقا، فعاينت ولده من غيرها يتصرف زمانا، وتزوجت ثم هلكت، فقام ولدها من زوجها الآخر يطلب موروثها في ذلك، فقال ولد زوجِها الأول: عاينتنا زمانا طويلا منذ عشرين سنة لم تطلب شيئا حتى ماتت.

ص 221 **فقال ابن القاسم: لا يقطع حقَّها طول سكوتها. قال**: إلا أن يكونوا اقتسموا بعلمها حتى حاز كل واحد نصيبه من الأرض والرقيق والعُروض وهي ساكتة عالمة في المدة لا تدعي شيئا ولا تطلبه، فهذا يقطع حجتها ويبطل طلبها.

ابن رشد في الشرح: إن كانت مشاهدة للقسمة حين وقوعها بطل حقها بسكوتها العام ونحوه، على قياس ما في البيع، لأن القِسمة بيعٌ من البيوع، وقد قيل: إنها تمييز حق، فبطلان حقها بمرور الحول على ذلك أحرى، وأما إن لم تشاهد القسمة وإنما علمت بها بعد وقوعها فلا يَبْطُلُ حقها إلا بمرور مدة الحيازة، وكذا بقل الشيخ مصطفى ما في السماع بعبارة، جلُّها موافقٌ للَّفظ المتقدم، ولم يتعقبه بشيء، فدل على أنه لا إشكال فيه، ولا مخالفة بينه وبين ما اشتهر عند الأئمة من أن معلوم الأصل لا تنفع فيه الحيازة. **ومن الدليل على أن وقوع القسمة بحضرة الشريك، وسكُوته يبطل قيامه بعد ذلك، قولُ الشيخ أبي عبد الله العبدوسي في بعض أجوبته** – فيمن

قامت تدعي عرصة بعد سكوتها أزيد من عشرين سنة وهي في يد الغير- **ما نصه**: ولا يَضُرُّها سكوتُها عن طلب حقها في ذلك بعد وفاة ربيبها إلا أن يُحْدِث بها حدثا يدل على تسليمها فيها، كأن تباع على عينها أو تقع فيها قسمَة أو هبة أو صدقة أو وصية أو ما أشبه ذلك فلا قيام لها(هـ).

ونقل الحطاب في القسمة، وصاحب المعيار في الاستحقاق، كلاهما عن المازري، أن ظاهر القسمة تسليمُ الأملاك المقتسَمة.

وفي المفيد: قال مطرف: مَن أُحدث في ماله بيعٌ أو هبة أو مقاسمة وهو حاضر يعلم بذلك بلا تغيير فلا حَقَّ له فيه بعد ذلك، إلا أن يقوم بالقرب، فإن ترك حتى طال فلا حق له في ذلك ولا حجة.(هـ) مختصرا.

وسئل عمن اعترفَ وصيفة له عند رجل في بلد على مسيرة نحو الثلاثة الأيام من بلده، فوضع قيمتها وحملها إلى بلده، فأثبت عند قاضي البلد ملكيته للوصيفة، وحلَّفه اليمين الواجبة في ذلك، فهل من حق الرجل المذكور رد الوصيفة إليه ليسترجع بها الثمن ممن باعها له، أو يكفي رسم الاستحقاق واليمين؟.

فأجاب : بأنه ليس من حق الرجل أن يكلِّف معترف الوصيفة ردَّها إليه، وبعثُ الرسمين المذكورين كاف في دفع القيمة الموضوعة للرجل.

ص 222

ففي نوازل المازوني أن أبا الفضل سئل عمن اعترف حيوانا في بلد بعيد فمضى به لبلده بعد أن وضع القيمة عند بعض أصحابه وأثبت ملكه وحلف، وبعث رسميْ الاستحقاق واليمين لواضع القيمة عنده، فأبى المستحَقُّ منه أن يمكِّنه من القيمة حتى يأتيه بالمستحِق ليرجع به على بائعه.

فأجاب : يجب صرف القيمة على المستحَقِّ لما كمُل له موجب الاستحقاق، ولا حجة للمقوم عليه بما ذكر في منع القيمة من ربها، وليذهب له أو وكيلُه في مطلبه فيضع قيمة المستحق ويذهبُ به لبائعه ليسترجع الثمن.(هـ) بخ في السؤال.

وللشيخ أبي الفضل المذكور في مثل هذا جوابٌ عن مسألة ذات فصول، سأله عنها مؤلف النوازل المذكورة سيدي يحيى بن موسى المغيلي المازوني رحمه الله؛ أحَدُ فصولها كالنازلة. **فقال في الجواب عنه**: إن كان -أي حصل- الثبوت واليمين وقُضي بالشيء لمثبته فليس عليه أن يحمله إلى المستحق من يده ليرجع على من باع منه، وليس للقاضي ولا للمستحَق منه حَبسُ القيمة إلى عود الشيء ليده مع ثبوت موجب الاستحقاق، وما كانت القيمة وُقفت إلا لتقية حبس الشيء من غير موجب، أما إذا عمل الموجب فلا سبيل إلى التمسك بالقيمة، بل يجب صرفها لربها. إنتهى الغرض باختصار.

وسئل عن نازلة تظهر من الجواب.

فأجاب: إن كان بائع البقعة من ناحية المالكين لها وهو المتولي أمرها لغيبة الذّكَرِ وحجابة الأنثى فالمشتري منه صاحبُ شبهة لا يقضى عليه بهدم بنيانه وأخذ قيمَته مقلوعا كالغاصب، بل يجري فيه الحكم المنصوص للأئمة فيمن اشترى من المالك نفسه من صحة البيع ومن تقويم بنائه قائما إذا اطَّلَع على عيب في البقعة واختار الرد، ولاسيما إذا لم يعلم المشتري أن البائع فضولي وظن أنه باع ملكه؛ **قال في التوضيح عند قول ابن الحاجب**: (ومِلك الغير على رضى مالكه، وقيل: لا يصح كالرهن الخ كلامه): إنَّ البيع يصح ولو علم المشتري أنه لغير البائع، وهو ظاهر المذهب، **وقال أشهب**: لا يصح إذا علم المشتري بالتعدي. (هـ)، وإلى رد قول أشهب هذا أشار في المختصر بقوله: «ومِلْكُ غيره على رضاه ولو علم المشتري»، [20] **هذا دليل صحة البيع.**

(20) وذلك في أوائل باب البيع، الذي بدأه بقوله: «بابٌ، ينعقد البيع بما يدُلُّ على الرضى وإن بمعاطاة»، كما سبقت الإشارة إليه في تعليق وهامش قبل هذا.

والعبارة معطوفة على جملة قبلها وهي قوله: «ووُقف مرهون على رضى مرتهنه، ومِلك غيره على رضاه ولو علم المشتري».

وشرح العبارة وتوضيحها. وإن باع الراهن الرهن بلا إذن مرتهنه صح بيعه، ووُقف بيعه من راهنه على رضى مرتهنه، أي للتوثق به في حق، فله إجازة بيعه، وله ردُّه إن بيع بأقلّ، أو كان دينه عرْضا، وإن أجاز تعجّل دينَه من الراهن، وتفصيل هذا الموضوع يأتي للمصنف في باب الرهن من المختصر.=

وأما دليل كون المشتري صاحب شبهة فهو قول سحنون -فيمن باع سلعة تُعرف لرجل وزعم أنه وكّله على البيع، وغاب ولا يُعرف، فاشترى وهو يعلم أن الدار للغائب، ثم قدِم الغائبُ فأنكر، فإن كان البائع يقُوم في الدار ويعمل حتى تثبُتَ له شبهة الوكالة فالغلة للمبتاع .(هـ)، نقله الحطاب والمتيطي . وإذا كان هذا في العالم أن الملك لغير البائع فأحرى من لم يعلم ذلك، وبالوجه الذي تكون له الغلة يُقوّم بناؤه قائما لا منقوضا إذا حصل موجب التقويم، لأن العلة واحدة وهي الشبهة، **وكذا ذكر الشيخ أبو الحسن الصغير في بعض أجوبته أن بيع الأخ متاع أخته شبهةٌ، قال : لأنه من ناحيتها ومن سببها** .(هـ)، نقله في المعيار، **وابن العم في النازلة كالأخ**، وبالله التوفيق.

ص 223

وسئل عمن قام بعد موت أبيه يطلب ميراثه من أرض كان باعها عمه، وتصرَّف فيها المشتري على عين والد القائم أكثر من عشر سنين لم ينازعه فيها ولا خاصَمَهُ من غير عذر يمنعه مع العلم ببيع أخيه، فهل تُسْمَعُ لهذا القائم دعوى، والحالُ ما ذُكِر، أم لا؟ .

فأجاب بأن والد القائم إذا ثبت علمه ببيع أخيه وأنه سكت ولم ينازعه طول المدة المذكورة سقط حقه في الأرض، ولم تُسمَعْ له فيها دعوى، بل سكوتُهُ بعد البيع عاما يسقط قيامَه، فأحرى أكثر.

ففي الدر النثير عن الشيخ أبي الحسن الصغير رحمه الله أن من بيع عليه مَالُهُ فسكت، عُدَّ مجيزا للبيع بمضي عام فأكثر.(هـ) بمعناه، وإذا سقط حق والد القائم سقط حقه هو. **ففي المعيار عن الشيخ أبي الحسن الصغير أيضا :**

=وإن باع شخص ملك غيره بغير إذنه صح بيعه ووُقف على رضى المالك، فإن أمضاه مضى على المشهور، وإن رده رُدّ، وهو صحيح إن لم يعلم المشتري أن البائع فضولي، بل ولو علم بذلك، فهو لازم من جهة المشتري، منحلٌ من جهة المالك.

ومحل نقض بيع الفضولي إن لم يفت المبيع بذهاب عينه، فإن فات بذلك فعليه الأكثر من ثمنه وقيمته، إلى آخر ما ذكر هنا من أحكام بيع الفضولي، فقف عليه هنا عند المختصر.

أن وارث من سقط حقه ساقط الحق، ولا يثبت للوارث إلا ما كان ثابتا للموروث(هـ).

وسئل عن رسم يظهر مضمنه من الجواب.

فأجاب : الحمد لله، لا يثبُتُ ملك المشهود له بالمحوَّل – وهو المشتري الثالث – إلا بعد ثبوت ملك الأول والثاني، وثبوت ملكهما يتوقف على يمين كل منهما، ورسمُ اليمين المقيَّدُ أسفل النسخة حوله غير كاف في الاستحقاق للحمار. يدل لذلك قولُ ابن عات في الطُّرَرِ، أُنظر لو أثبت المستحِق الملك فيها – يعني الدابة – لمن باعها منه أو لمن باعها ممن باعها منه أو كثرت الملاك لها ولم يثبت فيها الملك للأول، من يحلف يمين القضاء؟ فوقع في الثاني لابن سهل أنه يحلف الذي ثبت له الملك ومَن بَعْدَه، فإذا حلَفوا كلهم وقع القضاء لمستحقه(هـ)، فيؤخذ منه أنه لا يقضَى للمستحق إذا لم يحلف الجميع، والمسألة مذكورة حتى في وثائق ابن سلمون، وبالله التوفيق.

ص 224 **وسئل عن رسم، مضمّنُه يظهر من الجواب.**

فأجاب : ليس فيما سُطِّر حوله ما يوجب على بائع الأمة المشهود بحريتها ولا على ضامنه غرمُ ثمنها للمشتري، والحكم الواقعُ على الضامن بالغرم لغيبة المضمون غيرُ صواب، يجب فسخه وردُّ المال لدافعه المحكوم عليه بغير حق، وذلك أن شرط تمكين المشتري من الرجوع بالثمن في الاستحقاق بالحرية أو بالملك تقدُّمُ الحكم عليه وعلى من بعده إن تعددت البياعات في المستحَق، وهذا الشرط مفقود في النازلة، لأن النسخة المستظهر بها إنما وقع الخطاب عليها بثبوت ما تضمنته، ولم تتضمن زائدا على الشهادة بالحرية، وثبوتُ الشيء أعمُّ من الحكم به. **قال ابن عبد السلام: لا يكون قول القاضي: (ثبت عندي كذا) حُكْما منه بمقتضى ما ثبت عنده، فإن ذلك أعمُّ منه(هـ).**

وقال القرافي : إذا ثبت عند الحاكم بالبينة سببٌ من أسباب الحكم وبقي عليه أن يَسأل الخصم هل له مطعَن أو معارِض؟ فلا ينبغي أن يُخْتَلَف في هذا أنه ليس ثبوتا ولا حكما، لعدم الإعذار.(هـ).

ومن الدليل على ما ذكرنا – من أنَّ شرط الرجوع بالثمن تقدُّمُ الحكم على الراجع به– **أن القاضي أبا عبد الله ابن الحاج سئل عن نازلة أمة ثبتت حريتها وحضر سيدها عند قاضي تلمسان، فقال:** إنه لا مدفع عنده إلاَّ الرجوعُ على صاحبه، فحكم بحريتها، وخاطب قاضي المِرْية ابن حمدين بكتاب مع بائع الخادم، فضَمَّن الكتاب ما خاطب به قاضي تلمسان من ثبوت حرية الخادم عنده وصفتها، ولم يذكر في الكتاب أنه أحضر البائع مع الوارد بكتاب قاضي تلمسان، ولا أنه حكم عليه بدفع الثمن، ولا أنه أعذر إليه.

فأجاب بأن الخطاب ناقص، ولا رجوع له على البائع منه بقرطبة حتى يأتي بكتاب الخطاب يتضمن أنه حكم عليه بدفع الثمن، وأنه ثبت دفعُه بعد أن أعذر إلى البائع فلم يكن عنده مدفع كما فعل قاضي تلمسان، إذ يحتمل الخ.

فإذا كان لا رجوع على البائع الأول في نازلة ابن الحاج فعَدَمُ الرجوع في النازلة المتكلَّم فيها أحرى، لوجود الحكم بالحرية للمرأة في تلك، وعدمه في هذه، مع أن النسخة التي استظهر الخصمُ بها، المؤرخةَ حوله في رابع عشر رجب خاطب عليها الرجل المسمى محمد بن الشيخ، وليس معروفَ الأهلية ولا أنه قاضي مصر، مع أنه إن كان من سكان رباط الفتح فمتولي الخطة به غيرُه، وإن لم يكن من أهل البلد فخِطَابُهُ بتأدِيَّة شهود غير بلده – على تقدير صحة ولايته– رِيبَةٌ.

ص 225 **فقد سئل الشيخ سيدي أبو الحسن الصغير عن شهود خرجوا من موضع إلى قاضي موضع آخر فأدوا عنده وخاطب عليهم، فهل شهادتهم عاملة أو** يُتَّهَمُون في خروجهم؟.

فأجاب : إن كانوا من أهل الموضع معروفين فخُروجهم تُهمة .(هـ) الغرض.

وبالجملة، المقصودُ، وهُو عدم لزوم غرم البائع وضامنه الثمن بمجرد ما أتى به القائم أجلى من أن يحتاج إلى الكتب فيه، والله يرينا الحق حقا، ويرزقُنا اتِّباعه(هـ).

وسئل عن نازلة تظهر من الجواب.

فأجاب : **الحمد لله**، الشهادةُ أعلاه ناقصة لا يثبت بها للمستحق ملك الفرس، لقصَر المدة. **قال المازري في تعداد شروط ثبوت الملك ما نصه**: وطول مدة الحَيَازة، وأقلُّه سنة، وقيل: عشرة أشهر(هـ). وعبارةُ الشيخ أبي الحسن: وأن تطول مدة ذلك عاما فأكثر(هـ). فنحو سبعة أشهر صادقٌ بأقل منها قليلا أو أكثر قليلا. **وعلى كل حال**، ذلك غيرُ كاف.

وإذا لم يتم الملك للقائم فلا فائدة في إعطاء النسخة من الرسم للبائع عند ما يحتاج الرجوع على من باع منه، لأنه إذا ذهب لاسترجاع ثمنه بمثل هذا الرسم المقيَّد أعلاه يُرَدُّ على وجهه، ولا يكلف القاضي خصمَه بجواب دعواه؛ وقد نصَّ ابن الحاج على أنه لا رجوع للمَستحَق منه على البائع منه حتى يثبت أنه حُكم عليه.(هـ) بمعناه على نقل المعيار.

وفي مختصر المتيطية: أن القاضي الذي استُحقت عنده جاريةٌ يكتب لقاضي بلد المرجوع عليه بثمنها كتابا يُضمنه أنه قضى به للمستحق(هـ) بمعناه؛ وأين مُقَدِّمَات الحكم هنا؟، فكيف بالحكم، واختيارُ الملفى بيده الفرسُ الرجوعَ على بائعه لا يُلزمه أخذ نسخة ما لا يفيد فائدة كما لا يلزَم بائعَهُ ردُّ الثمن قبل إثبات الموجبات، وهذا كله من الوضوح بحيث لا يخفى على من أنصف، وبالله التوفيق.

وسئل عن بينة الولادة في النِّتَاج، هل تُعَارِضُهَا بينة الاشتراء من غير الزائد الحيوان عنده كما قاله بعض من لا يُعتد به، **قائلا** : لأن كلا منهما يثبت

سبب الملك، **قائلا : ولا يقال : إن الولادة أقوى من الاشتراء، لأنا نقول : قال في المدونة** : لو أنَ أمة ليست بيد أحدهما فأتى أحدهما ببينة أنها له، لا يعلمون أنها خرجت عن ملكه حتى سُرقت له، وأقام الآخر بينة أنها له ولدت عنده لا يعلمونها خرجت عن ملكه بشيء، قُضِيَ بها لصاحب الولادة.

وفي المدونة أيضا : النَّسْجِ مثل الولادة قائلا : قال سيدي يعيش الشاوي في حاشيته على الشيخ ميارة : ظاهر المدونة أن الولادة لا يُرَجَّحُ بها إلا حيث أطلقت الأخرى ولم تبين شيئا، وعليه فلا تكون مزية للولادة على غيرها من الأسباب، إلى أن قال : **ومعنى قول الفقهاء أن بينة الشراء لا تعارض بينة الملك، يعنُون إذا كانت مجردة عن شروط الملك، أما حيث ذكرها الشهود فيقع بها الترجيح، إلى أن قال** : إذا تقرر هذا فالبينةُ الشاهدة بالولادة تعارضها بينة المستحَق منه بالاشتراء المستوفي للشروط، فتسْقُطَان ويبقى الشيء بيد حائزه .(هـ)، فلم يظهر لي كلَّ الظهور كونُ بينة الاشتراء من غير ثبوت الولادة تعارض الولادة، فانظره –سيدي– وَوَضّحْهُ.

ص 226

فأجاب : بينة النتاج مقدَّمة على بينة الاشتراء في الجملة، تكافأتا في العدالة أم لا، ثبت ملك المشتري منه أم لا. وقولنا في الجملة، احترازاً من بينة الشراء من المقاسم، فإنها مقدَّمة على بينة التناج. **ففي الشهادات من المدونة** : لو أن أمة ليست بيد أحدهما أتى أحدهما ببينة أنها له لا يعلمون أنها خرجت عن ملكه حتى سُرِقَتْ له، وأقام الآخرُ بينة أنها له ولدت عنده، لا يعلمون أنها خرجت عن ملَكه بشيء، قُضيَ بها لصاحب الولادة، **وزاد بعده ما نصه**: قال غيره : إذا كانت بينة النتاج عدولا وإن كانت الأخرى أعدل وليس هذا من التهاتر، ولاكنها لما زادت قدَمَ الملك كانت أولى(هـ).

قال ابن ناجي : قال أبو ابراهيم : وغيره ـ يعني قول الغير ـ وفاق(هـ). ومثله لسيدي يحيى العلمي، وما حكيتم عمن لا يُعتد به تخليطٌ لا يُلتفت إليه. **وقول المحشي الذي غرَّه، تخليطٌ لا يعوَّل عليه**، وتفسيرُهُ قولَ الفقهاء – أن

بينة الشراء لا تُعارِض بينة الملك بقوله يعنون الخ- لا يدفعُ ما يَرِد عليه من مخالفته فيما زعم لكلام الأئمة، وأحسنُ من تفسيره وأوضحُ قول الشيخ أبي الحسن اللخمي: من حضَر رجلا اشترى سلعة من السوق فلا يشهد أنها ملكه، ولو أقام رجل بينة أنها ملكه وأقام هذا بينة أنه اشتراها من السوق كانت لذي الملك وقد يبيعها من لا يملكها.(هـ) مع قول النوادر: إذا شَهِدتْ بالشراء فلا ينتفع بها إلا أن يشهدوا له بطول الملك والتصرف والحوز، ولا منازع، وسواء ثبت ذلك بشهود الشراء أو غيرهم، وسواء ذكروا الشراء أم لا.(هـ) **الجميع بنقل المعيار.**

وإذا كان الشراء وحدَهُ لا يثبت به الملك فكيف تعارِضُ البينة به بينة الملك، ومفهومُ وحده؛ لو انضمَّ إلى الاشتراء الحوزُ والتصرفُ الطويل دون منازِع ثبت الملك للمشتري، كما يثبتَ له أيضا ببينة اشترائه من المالك.

قال الحطاب: قال في المدونة: ومن أقام بينة في دار أنه ابتاعها من فلان، وأنه باعه ما مَلك، وأقام مَن هي بيده بينة أنه يملكها، قُضِي بأعدلهما، وإن تكافأتا سقطتا وبقيت الدار بيد حائزها(هـ).

فظهر بهذا أن بيان سبب الملك الذي هو الشراء لا أثر له في الترجيح، وإذا كان كذلك ترجحت بينة النِتاج لما مر من زيادة قدم الملك، وحينئذ، فقولُ الرجل المحكي عنه: (فالبينة الشاهدة بالولادة الخ كلامه) خطأ صُراحٌ، وقد قدَّمنا أن الفرق بين بينة الشراء من المقاسم وبينة الشراء من السوق مذكورٌ في رسم الوصايا الأول من سماع أصبغ من كتاب الدعوى والصلح، وأكثرُهُ منقول في المواق وشرْح اللامية للشيخ ميارة(هـ).

وكتب رضَى الله، وهو في قُرى أبزُ في استحقاق نصف رحى:

ص 227 **الحمد لله،** نسخةُ رسم أُخذت وقيدت هنا لإثبات ما وقع من الكلام عليه بين كاتب هذه الأحرف وبين غيره،

نص الرسم: الحمد لله وحده؛ شهوده الموضوعة أسماؤهم بعد تاريخه يعرفون المرحوم بكرم الله تعالى حَمٌّ بن عمر القلعوي من أولاد مسعود بن عمر المعرفة الكافية عينا واسما، ويشهدون مع ذلك أن له وبيده وعلى ملكه مالا من أمواله وملكا خالصا من جملة أملاكه جميع النصف في رحى الماء التحتية المعروفة لأيت عمر وعلي على وادي أَبْزُ بين جنان تغزا والوادي والرحى الوطنية والجرف، المشاعة بينه وبين السيد عبد الرفيع ابن الخديم، كان اشترى ذلك من السيد عبد الرفيع المذكور، وكان يستغله إلى أن مات، كل ذلك في علمهم، وقيدوا به شهادتهم مسؤولة منهم في الثالث والعشرين من ربيع الثاني عام أربعة وأربعين ومائة وألف: السيد أحمد بن ابراهيم ابراغ، به عرف، والمكرم أحمد بن أيت عدي القلعوي، والفقير أحمد بن عبد الرحمان النسب، والمكرم ابن ابراهيم بن ناصر النسب، وعلي بن المقداد النسب، وشهد الحسن محمد بن عدي القلعوي أن ذلك النصف اشتراه حم بن عمر المذكور من السيد عبد الرفيع بن الخديم المذكور قَيْدَ حياته بعشرين مثقالا قبضها منه معاينة، وكان يستغل معه نحو عشر سنين إلى أن مات، كل ذلك في صحة عقلهم، ونقَلَها عنهم في التاريخ من عرف الأول والثالث والأخير، وأن كل واحد منهم عَدْلٌ رضى إلى الآن ؛ عبد ربه تعالى عبد الله بن عبد العزيز، انتهت من أصلها.

قال كاتبه - وفقه الله: سئلت عن هذا الرسم المنتسخ-، هل فيه حجة للقائم به على ورثة السيد عبد الرفيع المذكور في الرسم بائعا أم لا.

فكتبت مجيبا على ظهر نسخة منه ما نصه:

الحمد لله، تأمَّلَ كاتبه وفقه الله النسخة المسطرة بمحوله فوجد الشهادة التي تضمنها الرسم لا تُوجب استحقاق نصف **الرحى المشهود به من أيدي ورثة السيد عبد الرفيع لكونها مجملة غير مفسَّرة، ولا تُقْبل الشهادة بالملك من غير العالم إلا مفسَّرة، وقد تعذر استفسارهم لموتهم، على ما ذكر لنا، ما عدا الشاهد الثاني فهو باق بالحياة.**

ص 228 **والدليل على لزوم استفسار من كان مثل الشهود المذكورين ما في نوازل المازوني: لا يشهد الشاهد بالملك حتى يتقرر عنده خمسة أشياء، فإن كان عالما فطنا متيقظا قُبلت منه مُجْمَلَة، وإلا فلابد من سؤاله واستفساره عنها، ثم ذكر الأشياء الخمسة وهي**: اليد والنسبة والتصرف وعدم المنازع وطول المدة، وهذه الأشياء بعضُها يؤخذ مما رسم بمحوَّله، وبعضُها لا دلالة عليه في شيء من ألفاظ الرسم، بل ما في الوثيقة من قوله (وبيده وعلى ملكه الخ) من التلفيف الذي يجب ألا يُعتمد عليه، لكون الشهود المنقول عنهم لم تصدُر عنهم تلك الألفاظ ولا يعرفونها. **قال ابن هلال**: وقديما ألغى أهل العلم كثيرا من ألفاظ الوثائق(هـ).

وأيضا، من نقصان الشهادة عدمُ التنصيص على نفي علم الشهود بالتفويت، وقد نصَّ غيرُ واحد كالمتيطي وابن فرحون على أن ذلك لابد منه في الشهادة للميت، وإن لم يقل الشهود ذلك لم تصِحَّ الشهادة ولم يُقْضَ بها. **ونحوه في وثائق الغرناطي**. ونقل شارح اللامية عن أبي الحسن الصغير أن ذلك شرط صحة. **وقول الموثق**: (وكان يستغله إلى أن مات) لا يكفي عما يجب من ذلك، إذ قد يبيع ويستثني الغلة مدة، وقد يستغل الإنسانُ، والملك لغيره، إما بالكراء أو العارية أو غير ذلك. **وفي المعيار عن اليزناسني أن التصرف وحده لا يفيد الملك، وأن مجرد الاحتمال تُرَدُّ به الشهادة.**

فظهر بهذا أن الشهادة بالملكية حوله غيرُ عاملة، كما أن الشهادة بالاشتراء كذلك غيرُ عاملة، إذ لا بيان فيها لمستند علمهم. **وفي المعيار أن المذهب رد الشهادة بالإرسال، سواء كان في لفظ الشاهد أو في مستند علمه(هـ).**

وفي كتاب الارتفاق في مسائل الاستحقاق: لابد في البيع أن يقول الشهود: إنه باعه ذلك بحضرتنا أو بإقراره، لأن أكثر الشهود لا يفهم ما تصح به الشهادة(هـ).

وأيضا، لم يبين الشهود مقدار الثمن ما عدا الأخير، ومن لم يُسَمِّ الثمن لم تجز شهادته على الراجح من القولين. قال ابن عات في الطرر: من ادَّعى سلعة بيد رجل أنه باعها منه وأنكر الآخر ذلك، فإن كانت بينةٌ تشهد له أنه باعها ولم يسموا الثمن لم يجز حتى يشهدوا عليهما جميعا، وقد قيل: إن كان البيع على النقد كانت للمبتاع بالقيمة، والأول أحسن(هـ).

والشاهد الأخير الذي يشهد بقدر الثمن وقبْضه بالمعاينة، ذكر السائل أن ولده متزوج بابنة الهالك المشهود له بالاشتراء، فآل الأمر إلى أنه شاهدٌ لزوجة ابنه باستحقاق نصيب من الرحى، وذلك لا يجوز.

ص 229 **قال في المعيار: وسئل اللخمي عمن شهد لزوج ابنته، فأجاب :** لا تجوز شهادتُه.(هـ) بلفظه. ولا فرق بين زوجة الابن وزوْج البنت كما لا يخفى.

وهذا الابن هو الشاهد الثاني الباقي بالحياة على ما قدمْنا، فلا تُقبل شهادته هو لزوجته من باب أولى.

وبالجملة، ملك أولاد السيد عبد الرفيع محقق، وملك القائم عليهم محتمل، وما باليد والحوز لا يُنزع بالاحتمال، وذلك واضح، والله أعلم. وكتب عبد ربه محمد بن أبي القاسم لطف الله به.(هـ) الجواب بلفظه.

ثم طولع به الفقيه الكيكي فكتب أسفله متعقبا ما نصه:

بعد الحمد، لا يخفى على من شرب أديمُهُ ماء الإنصاف ما في الجواب أعلاه من التحاملِ وتطلُّب بُنَيَّاتِ الطريق[21] لفساد عقود المسلمين المعقودة على الصحة بحسب ظاهرها، والله يتولى السرائر.

(21) بُنيّات الطريق بصيغة التصغير: تطلق في اللغة إطلاقا حقيقيا على الطرق الصغيرة المتشعبة من الطريق الجادة.

وفي المعنى المجازي على اللّف والروغان في الأمور، فيقال في ذلك: «دع عنك بنيات الطريق» أي عليك بمعظم الأمور، واترك صغائرها وسفاسفها والروغان بها.=

أما قوله : (لا يشهد الشاهد بالملك) وما نقل عن ابن هلال، فكلٌّ ذلك ساقط عن المشتري، لأنهم بيَّنوا أن ملكه كان بالشراء، **وكذلك ما ذُكِر من التلفيف ساقط ، لأن الملكية هي مصب الشهادة**، وإنما يقال بالتلفيف فيما عدا ذلك من كلٍّ ما لم يُقصَد بالذات كما هو مذكور في وثائق ابن فتوح والفائق وغيرهما، ولم يبق إلاَّ عَدَمُ تسمية الثمن في العقد، وفي ذلك ما قد علم من الخلاف بين أهل المذهب، فذكر ابن سلمون القولين، ونقل عن ابن فتوح أن الشهادة عند مالك تامةٌ .

قال في الدرر المكنونة : وسئل العقباني عن رجل باع أصلا ولم يُسَمِّ الثمنَ ولا عاين شهودُ الرسم قبضه ولا علموا قدره، فهل يكون البيع المذكور فاسدا لأجل عدم تسمية الثمن وكونه مات بقرب ولم يوجد ثمن في تركته على ما أشار إليه ابن هشام في مفيده، أو يصحّ البيع المذكور؟ .

فأجاب : الحمد لله ، البيعُ في القضية ماض ومحمول على الاستقامة، والجهلُ عند المعترف عندهم بالثمن لا أثر له، وإنما يؤثِّر الفسادَ جهلُ المتبايعيْن، وكذلك عدمُ معاينة الشهود قبض الثمن لا يؤثِّر فسادا .(هـ) ، هذا كله لو قام البائع بذلك بفور ادعاء الشراء، وأما حيثُ سلَّم النصف من الرحى ونزل فيه المشتري من غير معارض مدة مديدة، **ففي هذا لا يقول بفساد البيع بعدم ذكر الثمن مَن له تأصيل في نوازل الفقه** ، مع أن الشهود المذكورين لم يتعلق غرضهم بحسب ما طلب منهم المشتري بذكر الثمن، لعدم الاختلاف فيه، وإنما الغرض في أصل الملك وبأي وجه دخل الحائز في ذلك لا غير، والحوز إذا استند إلي البيع عاملٌ كما في الحطاب والفشتالي وغيرهما من شراح المختصر عن ابن رشد . وإنما الخلاف في دعوى الحائز الهبة ونحوها. ص 230

=كما يقال مثلا : بنات الدهر للأهوال والشدائد، وبنات الليل والصدر للهموم، حفظنا الله منها، وبنات الأرض للأودية الصغيرة، وبنات نعش الكبرى لسبعة كواكب تشاهد جهة القطب الشمالي، ومثلها بنات نعش الصغرى من خمسة نجوم أخرى .

وما اعتلَّ به من عدم ذكر التفويت الخ لا يخفى ما في المسألة من الخلاف. **وأيضا؛ حيث شهِدوا بنقل الملك ودوام الاستغلال إلى الموت فذلك كاف، لقاعدة الاستصحاب، فإن ملكه ثبت بيقين فلا يسقط بالمحتمَلات.**

وقال الغرناطي : وكذلك قوله (ويعلمونه ملكا من أملاك كذا) يغني عن قوله: لا يعلمون له في ذلك تفويتا. **وما نقل عن المعيار ساقط عن المشتري أيضا**، لأن ذلك في الإرسال المجرد عن الملكية، وهذا قد ذُكِرتْ فيه وذُكر وجهها بأتم بيان.

وما ذكر عن كتاب الارتفاق مسألةٌ ذات خلاف؛ الذي صدَّر به المتيطي أن ذلك لا يُحتاج إليه، وهو الذي اختار أبو الاصبغ ابن سهل في كتاب (الإعلام بنوازل الأحكام،) بعد أن حكى فتاوي شيوخه: ابن عتاب وابن مالك وابن القطان، فعَوَّل على فتوى الأولين، خلاف فتوى الثالث بما ذكر ابن عبد الحكم وأعاده مرة أخرى عن ابن لبابة في نوازل ابن زياد، وحكاه البرزلي **وقال** : وقعت، وأفتى شيخنا الفقيه بالعمل بها مطلقا، وظاهرها أن التوجه في الطلب الإجمالي صحيحٌ، خلاف ما حكاه اللخمي عن ابن عبد الحكم .(هـ) وحكَى صاحب التقاط الدرر في ذلك قولين.

وبالجملة، فالذي أقول به أن عقد الشراء المقارن للانتفاع إلى موت المشتري مع حضور البائع، ونظرِه صحيح سالم من القوادح المذكورة، مع ما استخَفَّ العلماء في شهود البوادي لجهلهم، فلو رُوعي مثل هذه الاعتبارات لم يقف عقد على ساق، والخلافُ بين العلماء رحمة لهذه الأمة، وبالله التوفيق، وقيده من اعترف بقصوره في العلم محمد بن عبد الله الكيكي .(هـ) بلفظه، ومن خطه نقلت.

ولما وقفت عليه دعاني الحال أن قيدت في الرد ما يبين أن التعقب من سوء الفهم وقلة العلم، وهو هذا:

الحمد لله؛ والصلاة والسلام على رسول الله،

وبعد، فيقول كاتبه - وفقه الله - عبد ربه، الراجي غفران ذنوبه؛ محمدُ بن أبي القاسم السجلماسي كان الله له آمين:

من تأمَّل من فقهاء الإسلام، والجهابذة الأعلام،جميع ما سَطَّرت في الورقات قبله الأقلام علم أن المتحامل المتطلِّب بُنَيَّات الطرق هو الذي نبذ نصوص أئمة التحقيق وعلماء الأحكام وأهل التوثيق لتخيُّلات وأوهام، لم يُؤَيَّد بنور التوفيق، بل ساء فهم الجواب، فاعترض ورمى عن قوس الانتقاد فحاد عن إصابة الغرض، ولم يدر أن لكل معترض جوابا، وأن خير القول ما كان في نفسه صوابا، ومن ظن ممن يُلاقي الحروب بأن لا يصاب فقد ظن عجزا.

ص 231 **ولما وقفت على ما رقم المنتقد ببنانه، ورسم على جوابنا من هذيانه، رأيت أن من الجواب أن أوسع الخطأ لكشف ما في انتقاده من الخطأ لئلا يغتر بكلامه الباطل من جِيدُهُ من حلي التحقيق عاطل، فأقول والله المستعان.**

ذكرنا في الجواب أنه لا تُقبل الشهادة بالملك من غير العالم إلا مفسَّرة، ومفهوم الحصر أنها تُرد مُجْمَلَةً؛ قال الغرناطي في وثائقه: لا تقبل الشهادة مجملة في ترشيد أو تسفيه أو ملك أو كذا وكذا إلا من أهل العلم بها، وأما غيرُه فلا تُقبل الشهادة منه إلا مفسَّرة.(هـ).

ونقله ابن فرحون في تبصرته مسلَّمًا، ونظمه الزقاق في لاميته؛ وقد نقلنا في جوابنا الأول عن نوازل المازوني أن الشاهد بالملك، إن كان عالما فطنا متيقظا قُبلت منه مُجْملة، وإلا فلابد من سؤاله واستفساره عن الخمسة الأشياء، وهي: اليد، والنسبة، والتصرفُ، وعدم المنازِع، وطولُ المدة.

وفي شرح الشيخ الإمام سيدي الحسن بن رحال ما نصه: إذا شهد عالم وقال: أشهد أن هذا ملكُ زيد أُكْتُفيَ منه، لأنه يعرف مُستند الشهادة في

هذا، ويُحمَلُ على أنه ما شهد إلا بعد علمه بهذه العلامات، يعني الخمس المتقدمة. **ثم قال**: فعدالته تمنعه من الكذب، وعلْمُهُ يمنعه من الغلط. **وأما إن كان عدلا عاميا** فلابد أن يقول له القاضي: من لَّكَ بأن هذا ملك لزيد؟، بأي شيء استدللت عليه؟، فإنْ بين له مستندا صحيحا في ذلك أجاز شهادته، وإلا ردها؛ وما ذكره بعض الناس هنا من أنه لا يُسأل الشهود عن مستندِهم في هذه الشهادة محمول على العلماء، وإلا فذلك باطلٌ.(هـ) كلام سيدي الحسن بن رحال المذكور.

وقال الشيخ سيدي أبو الحسن الصغير رحمه الله في بعض أجوبته: وأما الشاهد بمعرفة الملك، فإن عرف خمسة أشياء ساغ له أن يشهد بالملك، وإلا فلا، فإن كان الشاهدُ يعرِف ما تصح به الشهادة بالملك قُبِلَ منه إطلاق معرفة الملك، وقليلٌ ما هم[22]، وإلا فلا حتى يفسر خمسة أشياء: أن يعرف الشاهدُ لمدعي الملك كون يده على ما يدعي، وأن يعرف تصرفه تصرف المالك، وأنه ينسبه لنفسه، وأنه لا ينازعه فيه منازع، وأن تطول مدة ذلك عاما فأكثر؛ وفي المدونة ما يقوم أن عشرة أشهر طول.(هـ).

ص 232 **ونقل ابن هلال كلام المازري، ذكر فيه هذه الخمسة، وأن بها يستدلُّ الشاهد على الملك**، ثم قال – يعني المازري: فإن شهد بأن هذه الدار لفلان وعوَّل على ما أطلق من الشهادة بالملك على معرفة هذه الأمور قُبلت شهادته، وإن أطلق الشهادة ولم يُضفها إلى هذه الأمور لم تُقبل، إلا إن كان عارفا. **فهذه نصوص العلماء مصرِّحة برد شهادة الشاهد بالملك مجملة من غير العالم على ما أجبنا به**، فكيف يصح قول المعترض ذلك – يعني تفسيرَ الشهود –

(22) اقتباس من قوله تعالى في شأن الخصمين اللذين تحاكما إلى نبيه داود عليه السلام، حين طمع صاحب التسع والتسعين نعجة في النعجة الواحدة عند أخيه وأراد أن يضيفها إلى نعاجه الوفيرة: فقال سبحانه ﴿**وإن كثيرا من الخلطاء ليبغي بعضهم على بعض إلا الذين آمنوا وعملوا الصالحات، وقليل ما هم**﴾، س. ص. 24، وكقوله تعالى كذلك في شأن آل داود عليه السلام: ﴿**إعملوا آل داوود، شكرا، وقليل من عبادي الشكور**﴾ س. سبأ. 13.

ساقط عن المشتري) والحالُ أن شهود الاسترعاء ليس فيهم من تنسب إليه المعرفة، **وإن عنى المعترضُ** أن بينة هذا المشهود له في خصوص هذه النازلة لا يحتاج إلى تفسير، اكتفاء ببيان أصل الملك، وهو ظاهر قول المعترض، لأنهم بينوا أن ملكه كان بالاشتراء، **قلنا** : لاشك أن سياق الوثيقة يعطي أن المقصود بها إنما هو إثبات ملك المشهود له، وحينئذ فالشراءُ إنما ذكر على سبيل الحكاية والاستطراد، وما كان كذلك لا يثبت بثبوت الوثيقة.

قال في المعيار. اتفق الموثقُون من عند آخرهم على أن الوثائق لا يثبت منها بشهادة شهودها إلا ما جيئ به من أجله، وما لم يُجَأْ بها من أجله فلا يثبت بثبوتها .(هـ) . وإذا لم يثبت الشراء لأجل ما ذُكِر لم يثبت الملك المبنيُّ عليه، وعلى تقدير جَعل الاشتراء مقصودا في الوثيقة ومن جملة ما جئ بها لأجله تكون الشهادةُ مرسَلة فتُرَدُّ أيضا لما ذكرنا ولما نذكره، والإرسال هنا في مستند العلم بالاشتراء.

قال في المعيار أثناء جواب لقاضي الجماعة بفاس، أبي سالم سيدي ابراهيم اليزناسني : المذهبُ ردُّ الشهادة بالإرسال حيث تَخْتَلفُ أحكام الوجوه المحتملة؛ **ثم قال بعد نصوص استدل بها** : فهذه نصوص في إبطال الشهادة مع الإرسال وإن اتفقت أحكام الوجوه المحتملة، لأن معاينة القبض، والإقرار به سواءٌ باتفاق، فكيف مسألتُنا التي أحكامُ وجوهها محتملة الصحة والفساد(هـ) .

ولاشك أن مسألتنا مما تختلف فيها الأحكام، فهي من القسم الذي رُدَّتْ الشهادة فيه بالإرسال أحرى، لأنه يحتمل لأجل جهل الشهود أن يكون مستندُهم السماع، وشهادة السماع لها شروط تخصها؛ من جملتها أنه لا يُنْزَعُ بها ما تحت يد الحائزِ، فهي غير عاملة هنا[23].

---

(23) في طرة الصفحة الأصلية وهامشها هنا العبارة الآتية:
هذا فيه نظر، لأنه إذا كان مستندهم السماع فهي قطعية لا سماعية، ولا يشترط فيها شيء، تأمله .(هـ) . مؤلف .

ومن الدليل على بطلان الشهادة بالإرسال في مستند علم الشاهد، -لاحتمال الشهادة إلي غير مستند صحيح في البيع وغيره من سائر العقود — ما نقله ابن عات في الطرر مُسَلَّمًا، وذلك في مبحث إنكار الوصي عند قول الوثائق المجموعة ممن يعرف الإيصاء: حتى تقول بإشهاد والد الزوجة ووالد الزوج على أنفسهما بذلك في عهدة الذي توفي فيه كل واحد منهما، وتذكُرَ فيه الشهود يعرفونهما بالعين والإسم فيكون أكمل وأتم، **وإذا قلت**: معرفة الإيصاء ولم تفسره بإشهاد الموصيين بذلك على أنفسهما، فيتقى على الشهود بمعرفة الإيصاء إذا كانوا بحال جهالة أن يشهدوا بمعرفة السماع، وذلك لا يجوز، فإن كان الشهود من أهل العلم أجزأ أن تقول: ممن يعرف الإيصاء، ولا يفسر شيئا، ويجوز ذلك من الشهود العالمين(هـ). **ونحو هذا في الوثائق المجموعة في ترجمة إطلاق الوصي من قبل الأب.**

ص 233

ولما ذكر ابن فتوح[24] أنه إذا عقد في وثيقة، مثل، اشترى فلانٌ بنُ فلان جميع الملك كذا المتصيرِ إلى البائعة بالابتياع من فلان أو بالميراث من أبيها أو الصدقة من فلان، **قال**: فإن تضمن الإشهاد معرفة الشهود بذلك ثبت التصييرُ المذكور، وإلا لم يصح ذلك. **ثم قال**: وتحصينُ ذلك أن تقول: شهِد على إشهاد المبتاع والبائعة على أنفسهما مَن عَرَفَهُمَا، -وهما بحال الصحة وجواز الأمر ممن عرف —، أن جميع المبيع المذكور تصَيَّر إلى البائعة فلانة بالابتياع من فلان بإشهادهما بذلك على أنفسهما بالصدقة من فلان بإشهاده على نفسه بذلك أو بالميراث المذكور عن موت أبيها فلان، وأن أهل الإحاطة بميراثه في علمهم إبناه : فلان وفلانة المذكوران المالكان لأنفسهما،

(24) هو مؤلف كتاب الوثائق المجموعة كما أشرت إليه في تعليق سابق بأواخر الجزء السادس من هذه النوازل تصحيحا لخطأ وقع فيه الدكتور حسين مؤنس حين نسبه إلى غير مؤلفه الحقيقي.
أُنظر في الموضوع مجلة الإحياء، الصادرة عن رابطة علماء المغرب، العدد 12، السلسلة الجديدة الرقم المتسلسل 24، ففيها بحث قيم وهام في هذا الموضوع للأستاذ محمد العلمي، من كلية الشريعة بفاس.

وعرف اقتسامها مع أخيها، وأن المبيع المذكور صار إليها بالاقتسام المذكور بإشهادهما بذلك على أنفسهما(هـ) بخ.

فانظُر كيف التزم التصريح فيما أراد إثباته ببيان مستند الشهادة، وذلك إشهادُ المتبايعين والمتصرف والمقتسمين، وما ذلك إلا لكون الشهادة المرسلة عنده ناقصة لا يثبت بها الحق المشهود به، والله أعلم.

وقوله أي المعترِض: (وكذلك ما ذُكِر من التلفيف ساقط، لأن الملكية هي مصَبٌّ الشهادة، وإنما يقال بالتلفيف فيما عدا ذلك من كل ما لم يُقصَد بالذات)، **فنقول عليه**: لا يلزم من كون الملكية هي مصبٌّ الشهادة أن يكون جميعُ الألفاظ التي يكتُبُها الموثق في معنى الملكية خارجة عن التلفيف، وكُلٌّ منصف يقطع بأن ما في الوثيقة من قوله: «وبيده وعلى ملكه مالا من أمواله وملكا خالصا من جملة أملاكه» من التلفيف، وأن الشهود المنقولة عنهم الشهادةُ لم ينطقوا بتلك الألفاظ ولا يعرفونها، بل لا يزيدُون على قولهم في المشهود به: هو لفلان، أو متاعه، أو في ملكه أو نحو ذلك.

ص 234 **وفرقٌ بين العبارتين**، فإن عبارة الموثق التصريحُ باليد وهي أحد الأمور الخمسة التي تقدم أنها مستند الشهادة بالملك، بخلاف قولهم متاع فلان، **فلذا قلنا في جوابنا السابق**: إن تلك الألفاظ من التلفيف، وكل لفظ يزيد معناه على معنى اللفظ الذي نطق به الشهود يصْدُقُ عليه أنه تلفيف الموثق، وكلام المتعقب علينا صريح في أن التلفيف عنده لا يكون في المقصود من الوثيقة، بل هو خاصٌّ بما زاد على المقصود، وليس كذلك، بدليل أن العلماء الذين جرى في كلامهم ذكر التلفيف وإلغاؤها لم يذكروا تخصيصه بما ذكر، بل ظاهر عبارتهم أنه يقع حتى في المقصود من الوثيقة.

قال ابن هلال: إن الجهال من كتاب الوثيقة ينقلون من كتب الموثقين الوثيقة بنصها، ويضَمِّنُونها بحروفها العقد الذي يشهدون فيه على المشْهِد وإن لم يُشهِدهم بمقتضى ذلك، ألا ترى أن المشهِد إذا سئل؛ هل أراد مقتضى

جميع ما سُطر؟، قال: لم أُرِد ذلك ولم أُشهدهم عليه، وقد رأينا من هذا المعنى كثيرا، وقديما ألغى أهلُ العلم كثيرا من ألفاظ الوثائق ويقولون فيها: إنها مسطرة الموثقين(هـ).

وقال صاحب المعيار - في جواب له عن مسألة مبتاع دار تطوّع لبائعها ألاّ يقوم عليه بعيب، ثم وجد تحتها خنادق بعد أن قرر أن للمبتاع القيام بذلك - ما نصه:

ولا ينهضُ حجةً على المشتري قولُه في وثيقة الطوع: (وإن أتى على تسعة أعشار القيمة) على ما اعتيد من عبارة الموثق في ذلك، إذ مَحْمِلُهُ عند الموثقين مَحمل المسْطرَة أو التلفيف المعتاد منهم(هـ).

ونقل قبلَ هذا جوابا للإمام المازري – فيمن قام بعيب دار وقد كُتب عليه في وثيقة التبايع أنه أحاط علما بها – أن ذلك من تلفيفهم، والعادة تقتضِي قصده في الإشهاد(هـ).

فأنت ترى كيف جعل الأئمةُ التلفيف في إسقاط القيام بالعيب، ومعرفة المبيع، وهما من مقاصد الشهادة في الوثائق، فدل ذلك على عدم اختصاصه بما زاد على المقصود بالذات، خلاف ما فهم.

وقوله: (ولم يبق إلاّ عدم تسمية الثمن في العقد) **أقول**: بل بقي من مسقِطات الشهادة ما لا يتمُ الجواب عنه، إلاّ إذا كابر وعاند الحقَّ جهارا:

وقوله: (فذكر ابن سلمون القولين ونقل عن ابن فتحون أن الشهادة عند مالك تامة). **أقول عليه**: القولان اللذان ذكَرَ ابن سلمون نقلهما صاحب الطرر عن كتاب الاستغناء، وفيه -كما نقلنا في الجواب- أن القول الأول – يعني بعدم جواز الشهادة – أحسنُ، يريد من القول الأول بأن السلعة تكونُ لمدَّعِي الشراء بالقيمة؛ **زاد ابنُ عات في نقله ما نصُّه**: لأن الشهادة بثمن يرضاه البائع والمبتاع، والقيمة عدلٌ من غيرهما، وقد يخرج

ص 235

عن رضاهما جميعا وعن رضى أحدهما(هـ) من الاستغناء. **وبذلك القول الأحسنِ أفتى الشيخ أبو ابراهيم بن ابراهيم التُّجيبي وقال: إنها رواية عن ابن القاسم، فظهر لك أن القول بعدم جواز الشهادة أرجح**، ولذلك اعتمدت عليه في الجواب وإن كان مقابله مرويا عن الإمام رضي الله عنه. ولئن سلَّمْنَا تَسَاوي القولين أو أرجحية القول بتمام الشهادة وعدم بطلانها من هذا الوجه فباقي الوجوه التي ذكرنا في الجواب كاف في ردها لو كان إنصافٌ.

وما نقل المعترض من تعقبه بفتوى الشيخ أبي الفضل سيدي قاسم العقباني لا دليل فيه علينا، لأنا لم ندّع فساد البيع، ولا يلزم من عدم صحة الشهادة -وهو المعنى الذي تكلمنا فيه- فسادُ البيع ولا صِحَّتُهُ، وقد كنتُ قبل أن كتبت جوابي الأول وقفت على فتوى العقباني أواخر الكراس الثاني من مسائل البيوع من درر المازوني، وأوائل الكراس الثالث من نوازل البيوع من المعيار، فلم يمنعني الوقوف عليها من كَتْبِ الجواب بما قصدت من رد الشهادة.

على أن نازلة الشيخ أبي الفضل، الظاهرُ أن شهود الرسم فيها عدول أشهدهم البائع على نفسه ولم يُسَمِّ لهم الثمن، وأن ورثته يُسَلمون الشهادة، وإنما اتهموا البائعَ أن يكون قصد التوليجَ والفرار عن ابن العم الوارث، لقيام القرينة وهي عداوته معه، وصداقته مع الصهر، **والنازلة التي تكلمنا فيها**، الشهودُ فيها لفيفٌ شهدوا بما تعلق بحفظهم، والورثَة المقومُ عليهم لا يُسَلمون أن موروثهم باع، وشَتَّانَ ما بين الشهادة في النازلة والشهادة في الثانية، لأنه يجب من التثبت في الاسترعاء الملتقط من حفظ الشهود-، ولاسيما اللفيف-، ما لا يجب في الأصل والعدول، بدليل ما نقل ابنُ فرحون في تبصرته عن بنِ مروان ابن الحكم فيمن قام بعقد وكالةٍ من رجل غائب ذكَر لشهوده أن تاريخ الشهادة قبل كتابته بعام أو نحوه، **قال: هذا مما ينبغي للقاضي أن لا يثبته**، فإن الموكِّلَ الغائب لم يُشهِد على نفسه في

هذا العقد الذي أظهره الوكيل، ولا رأى الكَتْبَ، وإنما لفق الوكيل الكتابة من حفظ الشهود على وجه الاسترعاء(هـ).

ص 236 **وقوله** : (هذا كله لو قام البائع بفور ادعاء الشراء، وأما حيث سلَّم النصف من الرحى ونزل فيه المشتري من غير معارض مدة مديدة، ففي هذا لا يقُول بفساد البيع بعدم ذكر الثمن من له تأصيل في نوازل الفقه).

أقول : قد عرَّض بنا هذا المعترِضُ بأننا لا تأصُّلَ لنا في نوازل الفقه، وقد صدق فيما نسبه إلينا، فإني معترف على نفسي بقصور الباع وقلة الاطلاع، إلا أنه بنى ذلك على ما ظن من أنني ذاهب إلى فساد البيع بعدم ذكر الثمن، ولم يَدْرِ أن مَن تَقَوَّلَ ذلك علينا وفهمه من الجواب المنسوب إلينا لا تأصيل له هو في الفهم.(هـ). وكم من عائب قولا صحيحا * . . .البيت.(هـ) [25].

وأقول في قوله: (حيث سلَّم النصف الخ) : هذا من أدَلّ دليل على تحامُل المعترض، لأنه أخذ تسليم ربِّ الرحى نصفها، ونزول المشتري وعدم المعارِض، وطول المدة، كلَّ ذلك مُسَلَّما، مع أن وارث رب الرحى لا يُسَلم ذلك ولا يصدقه، وليس في الرسم المتكلِّم فيه ما يدل على شيء مما ذكرنا إلا ما قد يُفهم من شهادة الشاهد الآخر، وهو محمد بن عدي، وقد بينا في الجواب بطلان شهادته بما لا مزيد عليه فلا يؤخَذُ شيء منها، وأما غيره من الشهود فإنما قالوا: إن المشهود له كان اشترى وكان يستغل إلى أن مات، فليس في قولهم (كان يستغل) ما يدل على أن صاحب الرحى سلَّم له، ولا أن الاستغلال كان على عينه، ولا على أنه لم ينازع، ولا على أن المدة طالت، فقد أدّى هذا المعترِضَ تحاملُه إلى المصادرة، وجعل الدعوى هي نفس الدليل، على أنه لو كان يصح الاستغلال بالدعوى لكان من حقه أن يُنسب إلى صاحبها الذي سأله ويتبرأ من عهدتها.

(25) شطر بيت، تمامه: وآفتهُ من الفهم السقيم.

وقوله : (والحوز إذا استند إلى البيع عامِلٌ) **أقول** : غيرُ خافٍ عنا بفضل الله أن الحوز المستند إلى البيع عاملٌ إذا ثبت بشروطه، ولاكن من لنا بمطلق ثبوت الحوز، فضلا عن المستوفي للشروط، وليت شعْري، من أين فهم المعترض ذلك؟، فإن كان علم ذلك بفهمه من الرسم المتكلِّم عليه فكل منصف يشهد بخلو الرسم عن إفادة ذلك من الدلالة عليه، وإن كان حصل له العلم من خارجه فحقه أن يبين ذلك، وإلا فالزيادة على مقتضى ألفاظ الرسم من الرجم بالغيب، **وقد قال الإمام المجاصي في بعض أجوبته** :

شأن المفتي الوقوفُ مع ألفاظ السؤال كما نبه عليه الشيوخ، فكذا ينبغي أن يقال : شأنُهُ الوقوف مع ألفاظ الرسم.

ص 237 **وقوله** (وما اعتل به من عدم ذكر التفويت لا يخفى ما في المسألة من الخلاف).

أقول : **موضوع المسألة خارج عن محل الخلاف**، لكون المشهود له توفي، وورثتُهُ هم الذين أقاموا البينة بعده، بدليل قول الموثق أول الوثيقة : يعرفون المرحوم بكرم الله فلانا، وقد ذكرنا في الجواب أن ذلك شرط صحة في الشهادة للميت اتفاقا عن الشيخ أبي الحسن الصغير، وناهيك به، فالخلاف الذي لم يعرفه الشيخ المذكور كيف يعرفه هذا المعترِض، **ولاكن من غلب عليه العناد وحُبٌّ الانتقاد بادر إلى الخلاف**، وترَك الإنصاف.

على أنه لو كانت المسألةُ – كما قال – ذات خلاف لكان يكفي في ترجيح القول بالشرطية اقتصارُ غير واحد من الفحول عليه؛ **قال في مختصر المتيطية** : إذا شهد الشهود بوفاة رجل وعدد ورثته وبمعرفة أملاكه فلابد أن يقولوا : لا نعلمُه فوَّتَ شيئا من ذلك إلى أن توفي وأورثَه ورثَتَهُ المذكورين، فإن لم يقولوا ذلك لم تصح الشهادة ولم يُقض بها؛ **والأحسَنُ أيضا أن يقولوا** : ولا نعلم أن أحدا من الورثة القائمين فوَّتَ شيئا مما نقلته الوراثة إليه إلى الآن،

فإن لم يقولوا ذلك تمَّتْ الشهادة. **قاله ابن العطار. قال ابن الفخار**: وكذلك إذا شهدوا للقائم فيقولوا: نعرفه في ملكه وحوزه لم يفوته في علمهم إلى الآن، فإن أسقط ذلك تمت الشهادة. **وقال بعض الفقهاء**: لا تتم الشهادة عند مالك بدونه(هـ).

وفي تبصرة ابن فرحون: لا تجوز شهادة الشهود في الملك الذي تُوفي مالكه عنه حتى يقولوا: لا يعلمون أن المشهود له به لم يُفَوِّت شيئا منه إلى حين إيقاعهم لشهادتهم، أو إلى أن توفي وأورثه ورثته، وإن لم يقل الشهود هذا لم يتم انتقال الملك للورثة، ولا تصح الشهادة لهم بوراثة الملك إلا بذلك(هـ) بخ.

وفي ترجمة وثيقة بموت بعد موت من الوثائق المجموعة ما نصه: وإن لم يذكر في الميت من ورَّثَهُ الميت الأول أنه لم يفوت شيئا مما نقلته الوراثة إليه في علم الشهود إلى أن توفي وأورثه ورثته لم تعمل الشهادة لورثة الميت من ورثة الأول شيئا(هـ).

وقال الشيخ أبو علي سيدي الحسن بن رحال عند قول المختصر: «وتؤولت على الكمال في الأخير»[26] **ما نصه**: تبع ابن عبد السلام وابن هارون في هذا، والذي به العمل هو شرطية هذا في وثيقة الميت، وأنهم إن لم يذكروه بطلت، وأما في وثيقة الحي فمن باب الكمال.(هـ).

ص 238 **ووجه الاحتياج إلى هذه الزيادة** أنه إن لم يزدها الشهود فقد يكون لهم العلم بتفويت المالك ويشهدون له بالملك المتقدمِ، وهذا الاحتمالُ – وإن كان ضعيفا – يمنع عند الأئمة من إعمال الشهادة.

(26) وذلك في أواخر باب الشهادة والشهود العدول، وفي سياق ما يصح به الملك كما سبقت الإشارة إليه في تعليق سابق حيث جآء قوله في ذلك: «وصحة الملك بالتصرف وعدم منازع، وحوز طال كعشرة أشهر، وأنها لم تخرج عن ملكه في علمهم، وتُؤوّلت على الكمال في الأخير، أي تؤولت المدونة وفُهمت على الكمال في الشرط الأخير المنصوص عليه من الشهود في الوثيقة وهو ذكرهم أنها (أي السلعة أو الأشياء المملوكة) لم تخرج عن ملك صاحبها في علمهم.. الخ.

ونظير هذا ـ في الشهادة بغير الملك ـ ما نقل ابن فرحون في تبصرته عن الشيخ أبي ابراهيم إسحاق بن إبراهيم التجيبي من قوله ما نصه: أما الشهود في دَين الميت فإن أنكر الغريمُ فعليهم أن يزيدوا في شهادتهم عليه أنهم لا يعلمون أن المتوفَّى قبض منه شيئا إلى حين شهادتهم، وكذلك المشهودُ عليه بالدين إن كان هو الميت فيلزمُهُمْ مثل ذلك .(هـ) .

بل نقل صاحب المعيار ما يفيد أن مثل ذلك المعنى لا يجدي في كل شهادة، ونصُّه: ابنُ لُبٍّ: عند الفقهاء أن شهادة الشاهد بحق غيرُ عاملة حتى يذكر في شهادته انتفاء علمه بالمبطل لها، وهذا متداولٌ في الوثائق وكُتُبِ الاحكام والنوازل(هـ) . **ومراد ابن لب ما يكتبه الموثقون في مثل وثيقة التعديل والتجريح من قولهم**: لا يعلمُون المشهود عليه إنتقل عن هذه الحالة، وقولهمْ في وثيقة الغَيبة: لا يعلمون الغائبَ رجع من مغيبه، وذلك كثير. **وقد قال سيدي عيسى المواسي في بعض أجوبته المنقولة في المعيار: إن الوثائق مبنية على رفع الاحتمال وإزالة الاشكال، والله أعلم.**

وقوله أيضا: (حيث شهدوا بنقل الملك ودوام الاستغلال إلى الموت فذلك كاف لقاعدة الاستصحاب) **نقول عليه: الاحتجاج بشهادتهم فرع ثبوتها**، وهو مَحلٌّ مَنْعٍ، إذ لو سلم الخصم شهادتهم بنقل الملك لا نكشف القناع وارتفع النزاع.

وقوله: (فإنَّ ملكه -يعني المشهود له- ثبت بيقين فلا يسقط بالمحتملات) **نقول عليه**: هذا اليقين الذي جعلت لك أيها المعترض، إن كان من وجه غير شهادة الشهود فأبده، وإن كان من وجه الشهادة المذكورة فقد رأيت ما فيها، فنحن لم يحصل لَنا بها غلبة الظن، فأحرى اليقين، **وأحسَنُ من ذلك وأقربُ إلى الصواب أن يقال: ملك البائع ثبت بيقين فلا يسقط بالشهادة الناقصة والرسوم الباطلة. وقال الشيخ أبو سعيد بن لب: لا يجوز في الشرع الإقدامُ على نقل الأشياء وتغيُّرِهَا مع قِيَام الاحتمَال في السبب الموجب(هـ) .**

وإنما قلنا في ملك البائع: إنه ثبت بيقين، لأن الخصم يُسَلِّم تقدُّم ملكه ويدَّعي النقل إليه باشتراء لم يُسلم له ثبوته.

ص 239 **وقوله** : (وقال الغرناطي: وكذلك قوله ويعلمونه ملكا من أملاك كذا يغني عن قوله لا يعلمون له في ذلك تفويتا) **أقول**:

هذا النقل استدَلَّ المعترض به في غير محله، فإن محله هو حيث يكون المشهود له حيا، وأما المشهودُ له الميت فإن الغرناطي موافق للجماعة على اشتراط تلك الزيادة في حقه، ولذا قال هو نفسه في ترجمة عقد موروث وَوِرَاثَتِه: تُذْكَرُ معرفة الشهود باسم الميت وموته وعلمهم بعدد ورثته وتسميتهم، وأنهم لا يعلمون له وارثا غير من ذكر، ومعرفتُهُمْ بملكه وتحديده، وعِلْمُهُمْ بعدم تفويته له إلى أن أورثَهُ لِوَرَثَتِه المذكورين، وعدَمُ تفويتَ الورثة له في علمهم إلى حين تاريخ الشهادة؛ **ثم قال**: وإن لم تُذْكَر معرفتهم بعدم تفويت الميت الملك إلى أن أورثه لورثته لم يحصُل انتقال الملك إلى الورثة، وإن سقط علمهم بعدم تفويت الورثة إياه جاز، وذكره أتم(هـ).

وقوله : (وما نُقل عن المعيار ساقط عن المشتري أيضا، لأن ذلك في الاستغلال المجرد عن الملكية، وهذا قد ذُكِرت فيه وذُكِرَ وجهُها بأتم بيان) **أقول: كلام المعيار نقلناه في الجواب دليلا لما قدّمنا من أن الاستغلال قد يحصل من غير المالك**، وذلك أنا لما بينا نقصان الشهادة في الرسم من جهة ترك الشهود زيادة عدم العلم بالتفويت استشعرتُ اعتراض معترض يقول: إنهم -أي الشهود- قالوا في الوثيقة: كان المشتري يتصرفُ -أي يستغل إلى أن مات، وذلك يستلزم استمرار ملكه وعدم تفويته، فاحتجت إلى الجواب عن ذلك بأن الاستغلال قد يكون مع التفويت وعدم الملك، **واستدللتُ على ذلك بقول المعيار: إن التصرف وحده لا يفيدِ الملك، وهو استدلال صحيح**.

ومن الدليل على ذلك ما ذكر ابن سهل عن ابن عتاب أنه تجوز الشهادة بالملك لرجل وبالحيازة لغيره. **وفي المعيار عن ابن رشد**: الشيءُ بيد شخص أعَمٌّ من كونه ملكا له، والأعَمٌّ لا إشعار له بأخصٍّ معينا(هـ).

ولعل مراده الأعمُّ من وجه مطلقا، بدليل أن في صدر البيوع من الحطاب نقلا عن التوضيح ما معناه: **أن الملك والتصرف يُوجَدَان معا في المالك الرشيد، ويوجد الأول فقط في المحجور عليه، والثاني فقط في الوصي والوكيل.**

وقوله: (وما ذُكر في كتاب الارتفاق مسألةٌ ذات خلاف، الذي صَدَّر به المتيطي أن ذلك لا يُحتاج إليه) **أقول: مسألة كتاب الارتفاق ذكرناها تأييدا للقول برد الشهادة المرسَلة، لقوله**: لابد في البيع أن يقول الشهود: إنه باع ذلك بحضرتنا أو بإقراره، ولاشك أن المسألة فيها خلاف معروف، واقتصَارُنَا في الجواب على القول برد الشهادة لا ينفي وجود مقابله، والنقلُ الذي أشار إليه المتعَقِّب علينا عن المتيطي لم أقف عليه، وكان من حقه أن ينقل لفظه ليوقف عليه ويُنظَر فيه، **فإنَّ الذي وقفت عليه في مختصر النهاية لابن هارون** ليس بمخالف لما نقلنا عن كتاب الارتفاق، وذلك أنه قدَّم الكلام على الشهادة بالإذن للعبد المملوك، وأنه لابد فيه من بيان المستند، بحيث لا يُكتفى من الشهود أن يقولوا: نَشْهَدُ أنه مأذون له في التجارة ولا يذكرون الوجه الذي علموا ذلك به، **ثم قال**: وهذا كشهادتهم أن لفلان كذا وكذا دينارا ولا يبينون وجه ذلك، فلا تُقبل حتى يقولوا: أسلفه بحضرتنا أو أقر عندنا بذلك، فإن كان الدين من بيع فسَّرا ذلك أيضا فقالا: باع منه كذا وكذا بحضرتنا أو بإقراره عندنا، **قاله ابن حارث. ثم قال**: وإنما لم تجز الشهادة إلا مفسَّرة، لأن أكثر الشهود جهلة، فقد يعتقدون وجوب الدَّين من حيث لا يجب(هـ) ونقل ابن هلال في الدُّرِ النثير كلام المتيطي مرتضيا له وقال بعد نقله: وهو من الحُسْن في غاية(هـ)، فقد اقتصر المتيطي في هذا المحل على القول بمنع الشهادة المجملة.

ص 240

نعم، وقفت في موضع آخرَ من المختصَر المذكور على كلام آخر يمكن أن يكون هو مراد المتعقب، ظنَّه موافقا في الموضوع لمسألة كتاب الارتفاق، **وهو قوله ما نصه**: فينبغي في الدَّين أن يوصف ما وقعت به المعاملة للاختلاف في ذلك؛ **قال بعضهم** : إذا لم يبين الوجه الذي وجب به الدين وأقر المبتاعُ بمعرفته وقبضه لزمه ذلك.

وقال بعضهم: لا يجوز ذلك حتى يبين أصل ما وقع به التبايع، لاحتمال أن يكون غير جائز، وقاله القاضي منذر بن سعيد؛ قال اصبغ بن سعيد : **وبه القضاء، والأول أقيَسُ. قال محمد بن عبد الحكم**: إذا شهد شاهدان أن لفلان على فلان مائة دينار لم يُحكم بشهادتهما حتى يقولا: أسلفه أو أقر عندنا، ويبينا ما شهدا به، لأن من يُحِلُّ بيع النبيذ المسكر يوجبُ به ثمنا(هـ).

ص 241 فإن كان هذا هو الذي قصد المعترض فلا دليل فيه، لذِكْرِ المتيطي أن القضاء بغير المصدَّرِ به في كلامه، هذا لو كان القولان المحكيان في عين ما تكلمنا فيه، فكيف وكلامُ المتيطي في بيان أصل الحق والوجه الذي وجب به هل يلزم أم لا؟، وكلامُنا وكلام صاحب الارتفاق في مستند علم الشهود، هل يحتاج إليه أم لا؟، **فأين هذا من هذا**؛ ولمغايرة موضوع كل من الكلامين شَبَّه ابن الناظم في شرح تحفة والده أحدهما بالآخر فقال: الشهادة كالدعوى لابد من بيان مستند الشاهد فيها كبيان مستند المدعي في دعواه إن كان الشاهد غير عالم بما تصح الشهادة به(هـ).

وقوله : (هو الذي اختار أبو الاصبغ بن سهل الخ) **أقول**:

القول بقبول الشهادة مجملة – وإن اختاره ابن سهل في مسألة ابن صفوان – هو خلاف ما عليه الجمهور حسبما حقق ذلك زعيمُ الفقهاء بفاس: القاضي أبو سالم سيدي ابراهيم اليزناسني في جواب حفيل نقله صاحب المعيار، **وفي الجواب بيان وجوه أربعة يترجح بها القول برد الشهادة**

المرسلة، ومن جملتها أن ابن سهل ذكر أول كتابه ما نصه : قال محمد بن عبد الحكم في كتابه : إذا شهد شاهدان أن لفلان على فلان مائة دينار ولم يقولا : أقر بذلك ولا غيره، وإنما أطلقا الشهادة هكذا، لم أر شهادتهما تُحِقُّ شيئا، لأنهما حاكيان، حتى يبينا ذلك فيقولا : أسلفه أو أقر عندنا(هـ).

وقوله: (وأعاده مرة أخرى عن ابن لبابة في نوازل ابن زياد) . **أقول** : أشار به، والله أعلم، إلى قول ابن سهل ما نصه : في أحكام ابن زياد في بينة شهِدت لرجل أراد نكاح يتيمة أنه كُفْؤٌ، أَفْهِمْنَا –وفقك الله– ما كشفت عنه من أمر الشهود، هل يُسألون من أين علموا ما شهِدوا فيه أم لا ؟.

فأجاب : ليس على القاضي كشفهم عن علمهم من أين علموه، بل إذا شهِدوا أنه كفؤٌ تمت شهادتهم ووجب عليك إنكاحها، قاله ابن لبابة(هـ).

فإن كان مراد المعترض هذا النصَّ من كلام ابن سهل – ولا إخَالُهُ أراد سواه – **قلنا** : قول ابن لبابة هو أحد القولين في المسألة حكاهما الشيخ أبو محمد سيدي عبد الله العبدوسي في بعض أجوبته المنقولة في المعيار، وعول على القول بلزوم الاستفسار في هذه الأزمنة، خلاف قول ابن لبابة، بعد أن جعل القولين اختلافا في حال، ونصُّ **المقصود من كلامه : إختلف المتأخرون ؛ هل يُقبَل الإجمال في ذلك - يعني الشهادة بالكفاءة - أم لا ؟**

ففي أحكام ابن زياد أنهم لا يُسألون عن ذلك، وفي غيرها أنهم يُسألون من أين علموا ذلك وعن وجهه؟، وهذا الاختلاف إنما هو اختلاف في شهادة يرجع إلى اختلاف في حال الشهود، فمن كان عالما بما تصح به الشهادة لم يسأل، وإلا سئل، **وينبغي أن لا يختلف في ذلك اليوم عندي**، فلابد من سؤالهم لغلبة الجهل على كثير ممن يُنسب إلى العلم، فضلا عن العامة، فالواجب استفسارهم عن وجه عدم الكفاءة، فإن لم يمكن استفسارهم لموتهم أو لبعد غيبتهم أو لامتناعهم من بيان ذلك رُدَّت شهادتهم(هـ).

ص 242

وقال أيضا في جواب له آخَر عن المسألة: اختلف المتأخرون في الشهود إذا شهدوا بالكفاءة أو عدمها، هل يُستفسرون عن وجه علمهم أم لا؟، والذي أتقلده من القولين أنهم يُستفسرون، لغلبة الجهل على كثير ممن يُنسب إلى العلم، فما ظنك بالعامة الأغبياء؟(هـ).

وقوله: (وبالجملة فالذي أقول به الخ) **نقولُ:** قولُه المخالف لنصوص الأئمة لا يُلتفت إليه، ولا يعتمده من وقف ولو على بعض ما قيدْنا عليه.

وقوله : (إن عقد الشراء المقارن للانتفاع) **أقول: المقارِنُ معناه المصاحب**، وهو إذا جُعِل وصفا لعقد، المرادُ به الرسمُ المكتوب، فلا مقارنة بين الرسم وبين انتفاع المشتري، لأن الرسم إنما كُتب بعد موته، بدليل ذكر موت المشترى منه، وإذا جُعِل نعتا للشراء فكذلك لا مقارنة أيضا، لأن الشراء ينقضي بانقضاء الإيجاب والقبول من المتبايعين، فأين المقارنة؟.

وقوله : (مع حضور البائع ونظره) **أقول:** قد قدَّمنا أنه لا دلالة في الرسم على ذلك، وأن ورثة البائع بزعم القائم لا يُسَلمون ذلك، فاحتجاج المتعقب بما لم يثبُتْ، مَحْضُ تحامل.

وقوله : (صحيح سالم من القوادح) **يقال:** قد أوضحنا بما تقدم عدم صحة الرسم، وبيَّنَّا دليل بطلانه بما لا مزيد عليه، ولئن قُدِّرت سلامته أي الرسم من بعض تلك القوادح فلم يسلم من بعضها قطعا، والواحد منها كاف، فأحرى أكثر.

وقوله : (مع ما استخَفَّ العلماء في شهود البوادي لجهلهم) **أقول** : مثل ما اشتمل عليه الرسم المتكلَّم فيه لا يُستخَفُّ في شهود الحاضرة ولا في شهود في البادية، وإنما يُستخف ويغتفر لشهود البادية اللحن الذي لا يَختلف معه المعنى وشبْهُ ذلك، لا ما يعطيه كلام هذا المتعقب.

وما اعتل به من جهل كتاب البوادي لا ينهض حجة، فإن جهلهم إنما يوجب إبعادهم عن الخطة وعزْلهم لا إجازة كل ما كتبوا وإن كان ناقصا حتى يصير ما هو شرط غير شرط. وظاهرُ ما نقل في الفائق عن أبي الفرج التونسي -من قوله: من جهل الحكم الشرعي لم يُوثق بوثائقه، وهي وثائق غير وثائق.. الخ - أنه لا عذر لأحد في جهله بالحكم الشرعي، وأن ذلك في شهود الحاضرة والبادية، بل صرح الشيخ أبو الحسن الصغير بعدم الوثوق بما يكتبه شهود البادية بالخصوص، فقال في بعض أجوبته: ص 243

وكُتَّابُ البادية لا يوثق بكتْب أكثرهم، لجهلهم بأمر الوثائق(هـ). ولا معنى لعدم الوثوق بها إلا ردُّها وعَدَمُ القضاء بها، وهذا خلاف ما ادعى المتعقبُ من التخفيف، لأنه لو عُمِل بمقتضاه لانحلَّت عُرى الأحكام، واجْتُثَّتْ شجرة علم التوثيق من أصلها.

فإن قال قائل: في التخفيف المذكور مصلحة لأهل البادية، قلنا: لا عبرة بالمصلحة التي تؤدي إلى تبديل الأحكام الشرعية وإهمال الشروط المعتبرة المرعية؛ على أن الأئمة المقتدَى بهم جعلوا عند غلبة الجهل على الشهود المصلحة في التشديد والاحتياط في الشهادة، صَوْنًا لحال المشهود عليه أن يؤخَذَ منه ويُسْتَحَقَّ بغير موجب شرعي، وهذا المخالف لنا عَكَس ذلك فرأى المصلحة في التخفيف والتوسعة، وما يُدْريه أن الحاكم العدل لا يترك ما نص عليه الأئمة وعلماء الأمة لتحكمات عقلية وتخيلات وهمية، ويرحم الله القاضي أبا علي الحسن بن عطية الونشريسي حيث قال: غاب الذين ينازِعون في المنصوص، وبقي من يقال له: إعمل ولا تتكلم(هـ).

وبالجملة، فما أجبنا به أولا هو الفقه المنصوص عليه، والحق الذي يجب الوقوف عنده، والمصير إليه. وقد قال الإمام المازري رحمه الله في بعض أجوبته، وقد افتتحه ببيان حال المتصدر للفتوى من أبناء الزمان مانصه:

وقُصَارَى التحرير في هذا الزمان أن يُضْبَطَ قول مالك وأصحابه في هذه الدواوين المشهورة المتداولة، فإذا عاد الأمر بالعكس أن أبناء الزمان يقرأون كلامهم ويخالفونهم انفتح باب من الجهالة لا يُرْفى، واتسع من الباطل خرق لا يُرْقع. (هـ) الغرض بنقل المعيار، والله يقول الحق وهو يهدي السبيل، وهو حسبنا ونعم الوكيل، قاله وقيده عبدُ ربه، المستغفرُ من ذنبه، محمدُ بن أبي القاسم بن محمد بن عبد الجليل لطف الله به في الدارين.

وسئل عن رجل باع بقرة له من امرأة ومكَّنها منها، ثم بعد مدة سرقت البقرة، ثم إنها -أي المرأة وجدت بقرة بيد رجل وقالت له: إنها بقرتي سُرِقت مني، إلا أنها لم تقطع بمعرفتها وذهبت إلى الرجل الذي اشترتها منه لتُوقفه عليها لعله يعرفها، فلما رآها الرجل قال بمحضر العدول: إذا جئت للبقرة (ص 244) نقول بقرتي، ولاكن سبحان من لاله شبيهٌ، إذهبوا إلى دار بني فلان الذين باعوا لي البقرة إذا عرفوها فهي يعني البقرة، وإن لم يعرفوها فهي بقرة أخرى تشبهها، فلما رآها بنو فلان قالوا: ليست البقرة التي بعنا منك، فهل يجب على الرجل رد الثمن للمرأة إذا لم تجد من يشهد لها باستحقاقها ويُعَدُّ قول الرجل المذكور اعترافا منه أنه باع ملك غيره أم لا؟.

فأجاب: الحمد لله، إذا كان الأمر كما ذكرتم من أن المرأة لم تقطع بمعرفة البقرة هي والبائع منها فلا رجوع لها عليه بالثمن، لاحتمال أن تكون البقرة الملفاة بيد الرجل الأخير غير المسروقة من المرأة في نفس الأمر وقد مكنها مما باع لها وبرئت ذمته، والأصلُ استصحاب براءة الذمة فلا تعْمُرُ بالشك، وما حكي في السؤال عن الرجل من قوله: (إذا جيئت للبقرة نقول الخ) كلامه ظاهرٌ في أنه قاطع أنها هي، وإذا كان كذلك فلا ضمان عليه ولو ثبت ملك غيره لهذه البقرة الحاضرة.

وإنما قلنا: إن عدم قطع الرجل والمرأة معا بمعرفة البقرة ينتفي معه الضمان ولا يعد إقراراً منه، **لما نقل في المعيار عن المازري أن في شك المقر والمقر**

له فيما وقع به الإقرار قولين، وصَدَّر بالقول بأن الذي شك فيه تسقط غرامتُهُ ولا تجب مطالبة المقر، من أجل استصحاب البراءة للذمة،(هـ)، وفيه كفاية، وبالله التوفيق.

وسئل عن رسم، مضَمَّنُهُ : **الحمد لله**، تلقَّى شاهداه من المرابط السيد فلان الفلاني ومن فلانة بنت فلان الفلانية ومن فلانة بنت فلان الفلانية شهادتَهم لله عز وجل يوم لقاء ربهم أن الحائك الذي وجده فلان ابن فلان عند فلان هو لفلان المذكورِ أوَّلاً، يعرفونه معرفة كافية، والذي هو من عمل الصوفة طعمة وخلالة، لا نَعرفه باعه ولا وهبه ولا صدَّقه ولا فوته ولا فُوِّتَ عليه بوجه من وجوه الفوت كلها إلى أن سرق له عند الصَّبانين فيما مضى ووجده عند فلان، هذا ما في علمهم، وبه أدوا شهادتهم مسؤولة منهم وتلَّقاها منهم من يعرفهم، مع كون الشاهد الأول عدلا رضى لدى كاتبه إلى الآن بتاريخ كذا وكذا فلان بن فلان وفلان بن فلان؛ **ونص خطاب القاضي**:

الحمدُ لله؛ أدى شُهُودُهُ لدى من قُدّمَ لذلك والمزكّيان بالكسر فثبت وأعلم بذلك عبد الله فلان وفقه الله بمنه، هل يفيد ما سكه شيئا في شأن الحائك المشهود به أم لا؟.

ص 245 **فأجاب على ظهر الرسم المذكور بما نصه** :

الحمد لله، شهادةُ الرجل والمرأتين حولَهُ لا عمل عليها، ولا يجوز القضاء بها باستحقاق الحائك بيد من هو بيده، لعدم التصريح فيها بملك المشهود له للحائك المتنازع فيه؛ وقد قال ابن الحاج في نوازله: إن التصريح بذكره في العقد أصلٌ ينبني عليه الحكم إلى أن يكمل[27](هـ).

وأيضا على تقدير تصريحهم بالملك لا تقبل شهادتهم مجمَلة، لعدم معرفتهم بحقيقة الملك، فلابدَّ من استفسارهم عن مستند علمهم، وقد قال الشيخ

---

(27) في طرة الصفحة الأصلية رقم 245 وهامشها وعند هذه الفقرة العبارة الآتية: فيه نظر، لقول الشهود: هو لفلان.. الخ، تأمله.

أبو الحسن: لا يشهد الشاهد بمعرفة الملك حتى يتقرر عنده خمسة أشياء، فإن كان عالما فطنا متيقظا قُبل منه مجمَلا، وإلا فلابد من سؤاله واستفساره عنها، وذِكْر الخمسة الأشياء كلها مُبَيَّنَةً؛ ومن وقف عليها وتأمل الرسم حوله ظهر له أنه خال من جميعها. **وقال مؤلف الارتفاق في مثل الشهود المذكورين حوله**: إنه يتعين بطلان شهادتهم بالملك وإلغاؤُها من غير توقف في ذلك أصلا(هـ). إذا عُلِمَ هذا فالخطاب بثبوت الرسم غير صواب، **ففي المعيار عن ابن رشد** والفقهاء أنه لا ينبغي للقاضي أن يخاطب بشيء ناقص.(هـ)، على أنه لو كان الرسم تاما تضمَّن شهادةً صحيحة لم يَجُزْ الخطاب بالثبوت فيما شهد به شاهد واحد مُزّكىً فقط دون المرأتين كما في غير واحد من كتُب الأحكام، والله أعلم.

ثم قال – أي الشيخ – مشافهة: وقد تذكرتُ بعد كَتْبي ما ذكر أعلاه موجبا آخر لرد الرسم المذكور، وهو عدم أداء الشهود لشهادتهم على عين الحائك المشهود به. **قلت له حفظه الله**: ما معنى قول ابن رشد المنقول أعلاه: لا ينبغي للقاضي أن يخاطب بشيء ناقص، فإن الظاهر أن الناقص هو الرسم لا خِطابُ القاضي؟، **فقال لي**: المراد به الرسم، فإن القاضي إذا خاطب على رسم فمعنى خطابه إعلامُهُ لغيره من القضاة أن هذا الرسم ثبت عندي والحالة أنه ناقص، فيكون مخاطبا لغيره بشيء ناقص(هـ).

قلت : نحوُهُ قولُ ابن سلمون بعد كلام: وكذلك لا ينبغي أن يخاطب على شيء ناقص. **ففي مسائل ابن الحاج قال**: خوطِب ابن حمدين بكتاب من عند ابن منظور ولم يقيد على الشاهد أنه لا يعلم الدَّيْنَ تأدى ولا سقط. **وسئل ابن حمدين أن يخاطِب به إلى بلنسية** فأفتاه الفقهاء بأنه لا ينبغي لك أن تخاطب بشيء ناقص ورد من قرطبة إلى إشبيلية،(هـ) بلفظه أثناء فصل القضاء.

ص 246 **وسئل عمن ادعى في بغل بيد رجل، فأقام بينة في البلاد تشهد أنه مِلْكُهُ وماله حتى تم له فيه الاستحقاق، فأخذه المستحَق من يده بعد وضع قيمته ليرجع بماله على بائعه**، فأتى برسم تضَمَّنَ شهادة شهود أنهم يعرفون البغل مِلكا لملاك تداولوه فيما بينهم واحداً بعد واحد من حين كان البغل جذعا صغيرا وهو بأيدي الملاك المذكورين يتصرفون فيه على أعين الشهود إلى أن باعه الأخير منهم للمستحَق من يده، فلما رأى ذلك المستحق طلب وضع قيمة البغل، والذهاب به إلى بلد من كان هو اشتراه منه، مُدَّعيا أن هنالك بينة تشهد بمعرفة البغل نتج عند البائع منه، فهل يجاب إلى ما طلب أم لا؟.

فأجاب : الحمد لله، من حق الرجل أن يمكَّن من وضع قيمة البغل والذهاب به لإقامة منافعه، والحجةُ التي دعا إليها يمكِنُ صِدْقُهُ فيها، وهو لا يتوصل إليها إلا بذهابه بالبغل، ومن المعلوم أنه لا يتم الحكم عليه إلا بالإعذار إليه والعجز عن المنفعة، ومدعي الحجة غيرُ عاجز.

لا يقال : إن النسخةَ تكفيه أن يذهب بها، وإن الأئمة نصُّوا على أنه لا يتكرر الذهاب بالدابة، لأنا نقول : ذلك إنما هو في الذهاب بها للرجوع بالثمن وليس هذا من ذلك؛ **وقد قال الشيخ سيدي الحسن بن رحال** – لما تكلم على مسألة الذهاب بالبهيمة المستحقة – هل يتسلسل أولا ؟: إذا أراد –يعني المردودة عليه – أن يعمل بها في غير بلده بعد وضع القيمة فله ذلك، وهو أحرى من قول المتن: « وإن سأل ذو العدل »[28]، لأنها كانتْ عنده، وذلك لطخ لا يحتاج معه لشيء، وإلاَّ لضاع حقه، ورأيتُ القضاة يعملونه في الأول وغيره، وإنما وقع التفصيل على قول بين الأول وغيره في الرجوع

[28] وذلك في أثناء باب الشهادة والشهود، والعبارة تتضمن شرطا وجوابا، وجوابه قول المصنف فيما يأتي: « أُجيب »، أي لسؤاله ومطلبه.
والعبارة بتمامها تتضح أكثر، وهي قوله هنا في المختصر : « وإن سأل ذو العدل، أو بينة سُمعت - وإن لم تقطع - وضع قيمة العبد ليذهب السائل به إلى بلد يُشهد له فيه على عينه أُجيب لذلك، أي لوضع القيمة والذهاب، لا إن انتفيا، أي العدل وبينة السماع. إلخ.

بالثمن لا في هذا، فكما يُمَكَّنُ المردودةُ عليه الدابةُ من الذهاب بها ليعمل بها ولا يكتفي بالنسخة، كذلك يمكَّن المستحِق في النازلة من الذهاب بها ليعمل بها إن ادعى أن عنده ما هو أرجح من بينة خصمه، والله أعلم.

وسئل عمَّن قام لاستحقاق بهيمة بيد رجل، فأقام كل من القائم والمقوم عليه بينة أنها ملكه، والملك المشهود به للقائم أقدم؛ هل تُرَجَّح به بينته على بينة المقوم عليه أم ترجح الأخرى باليد؟.

فأجاب: الحمد لله، البينة الشاهدة بالملك القديم أرجحُ من الشاهدة بالملك الحادث، فيقضى بها عند التعارض لصاحبها وإن كانت البهيمة بيد غيره.

والحاصلُ: العبرة باليد عند تكافُئ البينتين وتساقُطِهِمَا، أما عند ترجيح واحدة بقِدَمِ التاريخ فيقضَى بها على ذي اليد.

ص 247

قال الشيخ أبو الحسن اللخمي - فيما نقله عنه سيدي الحسن بن رحال -: وإن أُرختا يعني البينتين قضي بالأقدم، وسواء كانت - يعني الدار- تحت يد أحدهما أو تحت يد ثالث أولا يد عليها(هـ).

فقوله: (بيد أحدهما) يشملُ ذا التاريخ الأقدم وذا الأحدَثِ.

وفي بعض أجوبة ابن رشد المنقولة في المعيار قال: إنه يُقْضَى بأقدم التاريخين، وسواء كان هذا الملك بيد أحدهما أو بأيديهما، وإنما يفترق الحكم إذا اتحد تاريخ العقدين واستوت البينة في العدالة، فإن كان بيد أحدهما ثبت له، وإن كان بأيديهما أو بأيدي غيرهما قسماه بعد أيمانهما أو نكولهما الخ، وفيه كفاية، وبالله التوفيق(هـ).

وسئلت عمن بيده عرصةٌ ورثها من أبيه وبيده رسم بملكيتها، قام عليه بعض النُّظّار وادعى عليه أن الربع فيها للمسجد، فأجابه بالحوز والملك، وأنه لا حق فيها للحُبُسِ، فحُكِمَ عليه باليمين الخ.

فأجبت : الحمد لله، ما ذكره المحكَّمَان أعلاه – من وجوب اليمين على المدعى عليه الحائز العرصة مع ثبوت ملكيتها له بعدلين الخ – **غيرُ ظاهر**، لأن الحُبُسَ في الفرض المذكور لا يثبت إلا بعدلين أو عدل وامرأتين، إذ لو فرضنا أن الناظر المذكور أقام به شاهدا واحدا فقط لم يصِحَّ أن يحلف معه، لكون الحق ليس له، وعليه فلا تجب على المدعى عليه يمين بمجرد الدعوى، **لما هو معلوم أن كل دعوى لا تثبت إلا بعدلين فلا يمين بمجردها.**

نعم، لو كان الحبس على شخص معين لثبت بالشاهد مع يمينه؛ وأما في نازلة السؤال فلا، وقد ذكر التتائي في شرح المختصر وتبعه الزرقاني أن الوقف يثبت بالشاهدين فقط، فاعترض ذلك الشيخ مصطفى بأنه لم ير من قال ذلك.

فأجاب المحشي بناني بحمل كلامهما على الوقف لغير معين، أنظره.

هذا لو كان عند المدعَى عليه مجردُ الحوز، أما مع البينة فلا تجب عليه يمين كما يفهم من قول التحفة في التعارض: «وهو لمن أقام فيه البينة». **قال ميارة في شرحها**: فإن أقام البينة بالملك غيرُ الحائز فتعارَضَ دليلُ الحيازة مع البينة بالملك، فالبينةُ أعمَلُ من دليل الحيازة.. الخ.

فإذا لم تجب اليمين للحائز على صاحب الملك فلا تجب لغير الحائز كما في النازلة بالأحرى، لأنه أضعف منه كما لا يخفى. **ومثل هذا قول المختصر في المرجِّحات**: «وبالملك على الحوز»[29] – **أي تُقَدَّمُ البينةُ بالملك على التي شهدت بالحوز، لأنه قد يكون بغير ملك.**

(29) وذلك في أثناء باب الشهادة، المشار إليه سابقا، وفي سياق وبيان أسباب ترجيح بينة على أخرى، حيث قال في ذلك، كما تقدم ذكره في تعليق سابق. «وإن أمكن جمعٌ بين البينتين جُمع، وإلا رُجّح بسبب ملك كنسج ونتاج، إلا بملك من الْمُقاسم، أو تاريخ أو تقدُّمه وبمزيد عدالة لا عدد، وبشاهديْن على شاهد ويمين أو امرأتين، وبيد إن لم ترجّح بينة مقابله، فيحلف، وبالملك على الحوز، وبنقل على مستصحبة...

أي تُرجَّح البينة الشاهدة بالملك، أي استحقاق التصرف في الشيء بكل أمر جائز فعلا أو حكما، فيدخل ملك الصبي ونحوه لاستحقاق ذلك حكما، ويخرجُ تصرفُ الوصي والوكيل وذي الأمر، أي ترجَّح هذه البينة على الشاهدة بالحوز، لأن الملك أخص من الحوز وأقوى منه، ولعدم معارضة بينة الحوز بينة الملك، إذ لا يلزم من الحوز الملكُ... الخ.

ص 248 **والحاصلُ** أن ما قاله المحكَّمَان من وجوب اليمين لم يُبْدِيَا له مستندا، فكان من أجل ذلك مرددا(*) غير معتمد، إذ لم يوجد بعد البحث الشديد عليه معزوًّا لأحد، والله أعلم، قاله وكتبه المهدي لطف الله به.

وأجبت عن مسألة بما نصه : الحمد لله، حيثُ ادَّعَى الأصيلي أن البغل له، وأنه سرق له من مدينة أصيلا منذ سنة وسبعة أشهر مع قوله: سالما من عمل النار الخ، ثم استظهر بملكية أنه له ولأخيه معا، فلا شكَّ أن ملكيته غيرُ مطابقة لدعواه فلا يُحكم له بها، لكونها مخالفة لما ادعاه في مقاله، فقد وقع في كلامه تناقضٌ، لأنَّ من أدلى برسم فهو قائل به، فكأنه قال: البغل كله له، ثم انتقل عن ذلك إلى نصفه فقط. **وقد ذكروا أن الانتقال من دعوى إلى أخرى تُباينها يوجبُ إلغاءها وعدم الاعتداد بها**، وهذا ظاهر لا يمترى فيه، وكذا تبطل تلك الملكية أيضا بكونها غير مطابقة للواقع، لقول شهودها إن البغل سالم من عمل النار الخ، مع أنه ثبت بعدد من البينات أن به كيّا قديما الخ، فثُبوت الكي به قديما موجب لغلطها، وأنه التبس عليها الأمر في شأنه، **وكذا قولها**: إنه سُرِق للأصيلي منذ سنة وسبعة أشهر، من هذا النمط، لما ثبت بعدد من الموجبات أنه بيد المستحق منه أزيد من خمسة أعوام إلى غير ذلك، وفي هذا كفاية، والله أعلم؛ وكتب المهدي لطف الله به(هـ).

الحمد لله، سيدي، جوابكم عن المُلْفى بيده دابةٌ اشتراها من آخر حوز تازا قبل تاريخه بنحو شهر، أراد أن يضع وثيقة فيها ويتوجه بالدابة لبائعها له ليعاينها له لكونه هو المستحق من يده، فهل سيدي يمكَّن من ذلك أم لا؟، وهل لابدَّ لليمين الواجبة على المستحق من مقتضيها أو يحلف وحده؟ **أجيبوا مأجورين**.

(*) كذا في الأصل : مردّدا، بدون واو في الكلمة، ولعل المراد : مرْدودا، كما يستفاد من قوله بعدها : غير معتمد، ويحتمل أن تكون الكلمة اسم مفعول، من الترديد، ما دامت غير مشكولة، فليتأمل وليحقق، والأول أنسب وأظهر.

الحمد لله؛ الجواب أن المستحَق من يده له أخذ الدابة ليرجع على بائعها بها حيث كان هو الملفى بيده الأولَ على ما جرى به العمل كما في المعيار عن الشيخ أبي ابراهيم إسحاق بن ابراهيم، **ومثله في مفيد ابن هشام قائلا** : إنه لا يَمَكَّنُ من الذهاب بالدابة المستحَقَّة إلا المعترف(*) من يده خاصة، ولا يتسلسل الذهاب بها لكل من أراده، وإنما ذلك للأول خاصة، فيُقضى له بالذهاب بها إن أراده بعد أن يضع قيمتها عند أمين على ما هو المتعارَف، وأما اليمين هنا وهي يمين الاستحقاق فهي من تمام الشهادة بالاستحقاق، لا يتم الحكم إلا بها، حيث كانت الشهادة فيه بمقتضى الظاهر فاستظهر بها على الباطن كما في التوضيح، وعليه فلا تحتاج إلى مُقتضٍ لها، ويحلفها المستحق بدون حضور المستحق من يده إن شاء الله، والله أعلم، وكتب أسيرُ ذنبه؛ الفقير لرحمة ربه، محمد بن عبد السلام بناني لطف الله به، إنتهى.

ص 249

الحمد لله؛ شهوده الموضوعة أسماؤهم عقب تاريخه يعرفون فلانا المعرفة التامة، ومعها يشهدون بأن كان له وبيده وعلى ملكه مالا من ماله وملكا صحيحا خالصا له من جملة أملاكه – مما خُلِق عنده من نتاج كسبه وربِّي على يده – جميعُ البقرة التي من صفتها كذا، ما يعلمونه باعها ولا وهبها ولا تصدق بها ولا فوَّتها ولا فُوتت عليه بوجه من وجوه الفوت وأسبابه كلها إلى أن سُرقت له قبل تاريخه بنحو ستة أيام من موضع كذا، ولا يعلمونها رجعت إليه في خلال هذه المدة المذكورة فأحدث فيها فوتا أو تفويتا إلى أن وجد جلدها بموضع كذا يوم كذا، ولا يعلمون أن الجلد المذكور أُخرج عن ملكه بوجه من الوجوه ولا فوَّته ولا فُوِّتَ عليه إلى الآن، فمن تلقَّى منهم ما ذُكِر قيد به شهادتهم مسؤولة منهم على عين جلد البقرة المذكورة في خامس من جمادى عام كذا.

(*) يتأمل في هذه الكلمة، هل المراد بها المتسحقٌ منه.

الحمد لله؛ وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم.

استحقاقُ الجلد أعلاه لم نعثر فيه على نص لأئمتنا المالكية رضوان الله عنهم مع كثرة بحثي عنه، وكانت نازلته تنزلُ حياة أشياخنا برَّد الله ضريحهم، فكانوا يميلون إلى صحته والعمل بمقتضاه، ويرون أنه أعلى مرتبة وأبلغُ مقاما من مسألة استحقاق الصفة الذي نص ابن الحاج على صحته والعمل به حسبما نقله ابن سلمون عن مسائله، وهو ظاهرٌ غاية، وعليه فالاستحقاق أعلاه تام، والله أعلم، وكتب أحمد الصَّبيحي غفر الله له(هـ).

الحمد لله ؛ ما سُطِر أعلاه صحيح، والاستحقاق أعلاه تام مستوفىً كما ينبغي، والله أعلم، وكتب محمد بن عبد السلام بناني لطف الله به(هـ).

الحمد لله؛ من جواب لأبي إسحاق برطال في أحكامه الكبرى ما نصه:

جواب المسألة الأولى أن الورثة الساكنين الدار المشتركة بينهم لا رجوع لمن سكن منهم أدنى مساكنها على من سَكَن الأجودَ منهم، ويُعَدُّ ذلك مُكَارَمَة ومسامَحة، ولا أرى أن يدخل هنا الخلافُ الذي في السكوت، هل هو إذن أم لا؟، لأن ساكن الأدنى صدر منه ما يدل على رضاه فهو مُعَاوِض، والفعل الدال على الرضى يقوم مقام النص، والدلالاتُ الفعلية في المعاوَضات كالقولية، فلذلك ينعقد البيع بالمعاطاة.(هـ) بلفظه.

ص 250 **زاد بعض الفقهاء: وبتعليله المسألة يُفهم أنه لا فرق في الشركة في الدار بين أن تكون من إرث أو غيره، فالإرث في كلامه فرض مثال، والله أعلم.** إنتهى بنقل الفقيه السيد يعيش ابن الدغاي في جواب له، والله تعالى أعلم بالصواب، وإليه المرجعُ والمآبُ.

ص 250

نوازل الشفعة[1]

الحمد لله، الواجبُ على الشفيع إذا أخذ بالشفعة هو دفع الثمن للمشتري الذي دفعه ولو زاد أو نقص، فإن انقطعت تلك السكة وجبت عليه القيمة.

ففي المعيار ما نصه : **وسئل سيدي محمد بن المير رحمه الله عن الدراهم إذا انقطعت** وقد ترتب منها في بعض الذمم شيءٌ من سلف أو نكاح أو بيع؛ ماذا يكون على المطلوب؟.

فأجاب : أما من أسلف فليس له إلا ما أسلف، وأما في النكاح والبيع فله ما كان يجري في وقت العقد، فإن لم يوجد رجع في ذلك النقد إلى التجار وأهل المعرفة بالصرف، فيعرف كم كان صرفُ تلك الدراهم في ذلك الوقت بالذهب، فيُردّ إلى الذهب وصرف المثقال، فيأخذ ذهبا بحساب ما يقع له من صرف تلك الدراهم في ذلك الوقت، والله الموفق للصواب.

وأجاب غيرُه: على الغريم قيمتُها يوم انقطعت إن كان قطعُها بعد الأجل، وإن كان قبله فيوم حَلّ الأجل، ولا فرق بين الصداق وغيره من سائر الديون، والمراعى ما تعلّق به في الذمة.

وأجاب غيره بأن قيمتها تجب على المطلوب يوم الحكم، لأنها في ذمته إلى أن يُحكم عليه، ولو وجدها بعد القطع لم يكن عليه غيرها.

---

(1) أشار الشيخ خليل رحمه الله في مختصره إلى تعريفها في أول الباب المتعلّق بأحكامها فقال: «الشفعة أخذ شريك –، ولو ذِميا ...، ممن تجدّد ملكه اللازم اختيارا بمعاوضة ...، عقارا ولو مناقلا به إن انقسم.. إلخ».
وبيان هذا التعريف وتوضيحه مفصّل في مختلف شروح المختصر. وكما هو ملخص عن الإمام الحطاب فيما ياتي هنا، في صفحة 274.

وقيل: عليه قيمتها يوم عدمها وقطْعها، لأنه لو طُلِب بها حينئذ كانت عليه القيمة، فالتأخير إنما وقع بالقيمة.

وسئل ابن رشد رحمه الله عن مال مُشاع بين أشراك؛ إشترى رجل من إثنين منهم ثلاثة أرباعه وبقي الربع لشريكهما الثالث مع أختين له، فوهب هذا الشريك الثالث ماله من الشفعة للمبتاع على مال أخذه منه، ثم إنَّ إحدى الأختين قامت طالبة للشفعة؛ **بين لنا**، هل يكون ما وجب من الشفعة بالمال المأخوذ فيها للمبتاع دون من يريد القيام بالشفعة أم لا؟.

فأجاب بأن قال: تصفحت سؤالك هذا ووقفت عليه؛ **وقد اختُلف في جواز هبة الشفيع للمبتاع شفعته الواجبة له عليه بعد البيع أو بيعها إياه منه؛ فعلى القول بجواز ذلك** – وهو مذهب أصبغ – فلا يكون للأختين في مسألتك التي سألت عنها إلا ما وجب لهما من الشفعة، **وعلى القول بأن ذلك لا يجوز** – وهو معنى ما في المدونة، والأظهر من القولين، **الذي أقول به**، يَرُدُّ الأخ على المبتاع المال الذي أخذ منه على هبة الشفعة له، لأن ذلك بيع من البيوع، ويكون أحق بشفعته، إن شاء أخذ بها، وإن شاء سلَّمها وكان للأختين أخذُ المبيع بالشفعة، ولا اختلاف أن الشفيع لا يجوز له أن يبيع شفعته قبل الاستِشفاع من غير المبتاع، ولا أن يسلمها، وبالله التوفيق.

ص 251

وفي وثائق ابن كوثر: **وإذا بيع شِقْصٌ مما فيه الشفعة وله شفيعان:** أحدُهُما أحقٌّ بها، فصالحه المبتاعُ على شيء دفعَه له وأسقط عنه شفعته، وجبت للآخر إن شاء، وعليه دفعُ ما بذله المبتاع لصاحبه على الإسقاط مع الثمن الذي وقع به الابتياع(هـ).

وسئل سيدي ابراهيم بن عبد الله اليزناسني رحمه الله عن رجلين شريكين في أرض، فادعى رجل ثالث أنه ابتاع من أحد الشريكين حظه من تلك الأرض وأنكر المدعى عليه ذلك، وقال: إنه لم يبع منه شيئا، فقام

للمدعي على المدعى عليه بينةٌ شهدت بالشراء كما زعمه، فقام الشريك الثاني على المبتاع وطالبه بالشفعة الواجبة بالسُّنَّة، فأنكر المشتري أن يكون اشترى شيئا من شريكه في الأرض المذكورة **وقال** : إن الحظ الذي بيده من ذلك إنما هو بوجه إنزال ربه إياه فيه على غير وجه التملك، وتقييد إنكاره بذلك بين يدي القاضي، ووافقه البائع على إنكاره ذلك وصدَّقه فيه، **فهل -سيدي - يكون إنكار المبتاع ابتياعه تكذيبا لبينته فيبطُلُ البيعُ ويرجعُ** الشقص إلى ربه، أو لا، لما تعلق من حق الشفيع بذلك فيبقى البيع صحيحا على حاله وتجب الشفعة للقائم بها؟، **بين لنا** ذلك بيانا شافيا، فإنها نازلة أردنا مطالعة رأيكم الموفَّق المبارك فيها، وهي موقوفة على جوابكم، أمتعنا الله ببقائكم.

فأجاب : إن كانت البينة التي شهدت بالشراء عادلة لا مدفع فيها فإن الشفعة ثابتة، وما ذكره المشتري بعد ذلك، وموافَقَتُهُ البائعَ باطلة، لأنهما أرادا أن يقطعا شُفْعَتَهُ، والله الموفق(هـ).

وأجاب الفقيه أبو عبد الله محمد بن سليمان بن علي السبطي رحمه الله :

إذا ثبت البيعُ بشهادة عدلين فالشفعةُ ثابتة لمستحقها وهو الشريك الذي لم يبع، ولا عبرة برجوع المشتري إلى قول البائع من تكذيبه بينته التي قام بها أولا، لأنه هو والبائع أرادا إسقاط حق وجب للشفيع.

نعم، يكون البائع بالخيار في أخذ الثمن الذي يدفع الشفيعُ للمشتري، أو تضمين المشتري قيمة التنقص، لاعترافه – أعني المشتري – أنه قد أفاته عليه بدعواه وببينته الكاذبة في زعمه، فالمشتري يؤخذ بمقتضى قوله الآخر فيما بينه وبين البائع على قاعدة الإقرارات وإعمال ما شهدت به البينات في حق من لم يكذبها، وإبطالها في حق من كَذَّبها، والسلام.(هـ).

ص 252

وأجاب الفقيه أبو الضياء سيدي مصباح بن محمد بن عبد الله اليالصوتي بمثل جواب أبي عبد الله محمد بن سليمان السبطي.

وجوابُهُمَا يقتضي أن القائم ببينة الشراء بعد إنكاره إياه مكذب لبينته، وذكر من يوثق به عن الفقيهين أبي إسحاق ابراهيم اليزناسني والفقيه أبي فارس عبد العزيز القيرواني أنهما أفتيا بأن منكر الشراء لا يضره إنكارُهُ، ويكون مكذبالبينته إذا أثبته بعد ذلك في الأموال دون سائر الحقوق، والخلافُ في هذه المسألة مشهورٌ مذكور في الأمهات، وقد حصلها القاضي أبو الأصبغ بنُ سهل في باب الإقرار من أحكامه، وذكر أنها من أحكام ابن زياد، فانظرها فيه(هـ).

وسئل أبو الحسن الرَّمَّاح عن رجل كانت له دار فباع نصفها لرجل على الإشاعة، ثم مات وخلف النصف الثاني منها لورثته، فبقيت بينهم وبين المشتري، ثم باع بعضهم من مشتري النصف الأول موروثَه من النصف الباقي مع مورث بقية الورثة منه تعديا، فقام من لم يبع منهم فاستحق نصيبه من هذا النصف، فأراد أخذ ما باعه إخوتُهُ وورثة أبيه من هذا النصف الثاني بالشفعة من يد مشتريه، **فقال له المشتري:** أُشاركك في الشفعة فأشفع بنصيبي معك، وأراد القائم الاختصاص بالشفعة في هذا النصف.

فأجاب: لا يدخل المشتري مع القائم في الشفعة، وهو أحق بها منه، لأن القائم والبائع أهلُ مُورَث واحد، ولم يدخل المشتري معهم في ذلك المورث، وهي أحرى من مسألة أهل السدس في المدونة، التي جعل فيها أهل السدس أو الربع مثلا أحقَّ بالشفعة فيما باعه بعضهم من أهل نصيب آخر، **قال ابن أبي يحيى:** وتوقَّفَ الشيخ في خلاف اللخمي في تلك؛ هل يدخل هذا أم لا؟، ولاكن فتياه على المشهور أن لا يدخل المشتري مع القائم(هـ).

وسئل أيضا عن رجل حرث مع آخر أرضا مدة من خمسة أعوام، فمات مالك الأرض وكان له أخ فأقام في الأرض، فاستظهر الذي كان يحرثها برسم أنه اشتراها من الميت، فقال القائم: لم أكن أعلم باشتراك وظننتُ أنك إنما

تحرث على الشركة، وطلب الشفعة من المبيع بحكم الإشاعة، لأن له أرضا معه زعم أنها مع هذه شائعة، فقال المشتري: ليست شائعة، كنتما قسمتماها، فقال القائم: قسمنا قسمة محارثة لا قسمة منافع، ثم اصطلحا على أن يكون للقائم الخمس، فلما تم الصلح بينهما وجد المشتري بينة أنهما اقتسما، لاكن لم يتبين هل قسمة أصل أو قسمة منافع، وأراد المشتري نقض ذلك الصلح بهذا.

ص 253

فأجاب : أما الصلح فلا سبيل إلى نقضه، **لأن الصلح** على الإقرار أو على السكوت بلا إقرارٍ ولا إنكارٍ، ماضٍ، وأما الشهادة فإن طال الزمان –وكُلُّ واحد يغتَلُّ جهَتَهُ – كانت عاملة في قسمة الرقاب مثل دعوى الشراء، وإن لم يطل فمحْمَلُها محملُ قسمة المنافع. وبالله التوفيق.

وسئل أيضا عن رجل اشترى ملْكا فبقي بيده مدة يغتله من نحو ثلاثين عاما، قام رجل زعم أن جدته كان لها فيه نصيب، فأثبته واتصل ميراثه، وزعم أنه لم يعلم بشراء هذا له، وهو قريب من البلد بنحو عشرة أميال.

فأجاب : **أما العلم فمحمول على عدمه حتى يثبت أنه عالم**.(هـ).

وسئلت عن امرأة وهبت نصيبها من عرصة على ولدي أخيها وهما فقيهان ضعيفان يتعلمان العلم، وحازا الهبة معاينة وتمت لهما باستيفاء شروطها، فقام الشريك في العرصة يطلب الشفعة فيها، فهل له الشفعة كما في الزقاق والعمل الفاسي أو لا؟.

فأجبت : الحمد لله، **المتحصل من كلام المتأخرين أن لا شفعة في الهبة ولا في التبرعات بأسرها إلا إن قامت قرينة على العوضية، أما إن تحققت الهبة ولم تقم قرينة على المعاوضة فلا شفعة بحال**، وذلك بأن يُنظر إلى النازلة بخصوصها عند وقوعها، هل احتفَّت بها قرائنُ العوض أم لا؟، فإن وجدت القرائن فالشفعة وإلا فلا، ولا عبرة بتكرر ذلك في الناس، خلافا لابن ناجي ومن

تبعه، لأنا لو فرضنا تكرره في الناس ووجدنا نازلة خالية من ذلك لكان الواجب عدم الشفعة، **فالاعتبار إنما هو بخصوص النوازل لا بتكرره في الناس،** لأن تكرره قديم حسبما أفتى بذلك ابن المكوي وهو قديم.

وبه يظهرُ ما قالوه من أن العمل بالمشهور أن لا شفعة في التبرع، وذلك أنه إذا قامت قرينةٌ على العوضية لم تكن هبة حقيقية بل بيعٌ في صورة الهبة.

قال الشيخ أبو علي بن رحال على قول ميارة: (إلا إن تحتف بالنازلة قرائن العوض الخ) ما نصه: هذا هو التحقيق، وهو مراعاة قرائن النازلة؛ هل الواهب من أهل الهبة، والموهوبُ له كذلك؟، وهل بينهما ما يوجب الهبة؟ إلى غير ذلك مما يكثر(هـ).

وقال الشيخ الرهوني في جواب:

الحمد لله؛ لا شفعة في التبرع على المشهور، والعملُ الذي نص عليه الزقاق قد نسخ كما قاله شارحه؛ وانظر شرح سيدي محمد بن أبي قاسم لعمليات فاس. وقد صرح **أبو علي بن رحال بأن القضاء بوجوب اليمين على المتصدَّق عليه** ونحوه، **وما زال العمل بهذا منذ أدركْنا**؛ على أن مستند عمل الزقاق فتوى ابن المكوي، وهو إنما أفتى بذلك في نازلة إحتفَّتْ بها قرائن تُكذب دعوى التبرع لا مطلقا، ونحن نقول اليوم بما أفتى به إن وجد شرطه كما صرح بذلك شيخنا الإمام ابن سودة، والله أعلم(هـ).

ص 254

وكذا قول أبي زيد الفاسي: (وشفعة المحوز بالتبرع) * منسوخ أيضا، لأنه تابع للزقاق.

ولما قرر ميارة قول الزقاق: **(شفعة في تبرع) قال ما نصه : قال بعض الشيوخ**: ولعل هذا العمل قبل اليوم، وأما اليوم فالعمل بالمشهور(هـ). **ومثله أيضا** لسيدي عمر الفاسي وابن عبد السلام بناني والورزازي في شروحهم

للزقاقية. **ونحوُهُ قول الشيخ بناني في حواشيه ما نصه: قال في المدونة**: والموهوبُ له الشقصُ، والمتصدَّقُ به عليه يقول له الشفيع: أخاف أنك ابتعته منه أو عاوَضته فيه سرا وأردتما قطع الشفعة بما أظهرتما، فاحلِف لي، فإن كان ممن يتهم أحلفه، وإلا لم يُحلفه(هـ).

قال بعض الشيوخ: فيه مراعاةُ الشبهة في المدعى عليه، وأن من ادُّعِيَ عليه بدعوى لا تُشْبِهُ ولا تليق به ولا جرَتْ عادته به فإنه لا يمين عليه؛ **نقله صاحب المعيار في نوازل الدعاوي والأيمان**. ثم نقل إثْرَهُ عن ابن المكوي أنه أفتى بالشفعة في ذلك حيث تظهرُ مخائل الكذب والتحيُّل على إسقاط شفعة الشفيع؛ ونقله أيضا ابن غازي في تكميل التقييد(هـ).

وأشار الشيخ الرهوني بقوله: كما صرح بذلك شيخنا الإمام ابن سودة إلى ما قاله في شرح التحفة، **ونصُّه**: إلا أن تحتفَّ بالنازلة قرائن العوض ويبعُدَ التبرع كلَّ البعد كفقير بخيل يدَّعي تبرعا بأصل نفيس على غنيٍّ لغير رحم ولا صداقة تقتضي ذلك؛ وفي مثل هذه أفتى ابن المكوي بوجوب الشفعة وقال: هذه حيلة من حيل الفُجار(هـ). ونقله عنه الرهوني أيضا في حواشيه معتمدا له.

فظهر من هذا أن الطمع في الشفعة في هذه النازلة إنما هو من الأمور الأشعبية والخيالات الوهمية، لأن الطالب لها إن كان يُسلم أن الهبة حقيقية فلا إشكال، وإن كان يزعم أنها صورية فقط فشرْطُهَا أن توجد قرائنُ العوض، ولا وجود لها هنا، بل الأمر بالعكس وهو احتفافها بنفي العوضية، فلا شفعة فيها بحال، والعلم لله الكبير المتعال؛ قاله وكتبه المهدي لطف الله به.

ص 255

وسئل الشيخ المسناوي عمن باع سلعة بثمن معين إلى أجل وقبض توثقا في دينه نصفا من دار بشرط أن ينتفع به إلى انقضاء ذلك الأجل، ثم إن شريك الراهن بالنصف الباقي أراد أن يأخذ بالشفعة في النصف المرهون من يد المرتهن، فهل يمكن من ذلك أم لا؟، وعليه فما وجه المنع من ذلك؟،

وعلى الأول فهل هو قول منصُوصٌ أو مُخَرَّجٌ؟، وهل جرى به عملٌ كما قاله الفقيه سيدي محمد الصباغ فيما قيده على شرح الرسالة للإمام التتائي كما وقفتُ عليه بخطه، ونصُّهُ: **وجرى عمل فاس بشفعة الكراء وبشفعة الرهن**، ولا يعطي الشفيع للمرتهن الدراهم وإنما يعطي الكراء إلى حلول أجل الرهن(هـ)، أم لم يجْر به عمل؟، وما كيفية الأخذ بالشفعة على قول من يقول به في ذلك؟، وما يكون حالُ الدَّين بعد الأخذ المذكور، هل تبقى رقبة الرهن بيد صاحب الحق كما كانت عليه قبلُ من الرهْنيَّة لاكن بدون منفعة لوقوع الشفعة فيها، ويلزم عليه تبعيضُ الصفقة، الذي يمنع منه الشفيع، لأن المرتهن باع سلعته بشيئين: **أحدهما الثمن المعيَّن، والثاني منفعة الرهن**، فطلب الشريكُ الأخذ في أحد العوضين وترك الآخر كما أفصح به كلام الصباغ المتقدم الذي لم يتبين لنا جريانه على قوعد الشفعة، أو يبقى الدين بلا رهن حيث وقعت الشفعة في المنفعة المقصودة أوّلا وبالذات في غالب الرهان الوقتية فتكون متبوعة والرقبة تابعة، وحيث خرج من يده المتبوعُ فالتابع تابع فلم يبق بيد المرتهن حينئذ شيء، لأن الشريك حاز لنفسه؟، والسلام.

فأجاب : الحمد لله، إعلم أن ثبوت الشفعة في الرهن المشترط منفعته هو مقتضى القول بثبوتها في الكراء بشرطه الذي جرى به العمل بفاس، لأن السلعة المدفوعة للراهن مبيعة بالثمن المتفَق عليه وبمنفعة الرهن في ذلك الأجل الذي وقع البيع إليه، فما قابل منها الثَّمن فهو مبيع، وما قابل المنفعة فهو كراء، وإذا كان ذلك من باب الكراء فهو مندرج في عموم قاعدة الشفعة فيه وإن لم يكن فيه نص بالخصوص فيما نعلم، لاكن صح لدينا وثبت بنقل الثقة عمن يُعْتَمَدُ في الأحكام ويُرجَعُ إليه في نوازل الخصام من أشياخنا وأشياخهم أن عمل الأشياخ بهذه الحضرة الفاسية جرى بعدم وقوع الشفعة فيه وإن كانت قاعدة الشفعة في الكراء تقتضيه،

وكان وجهه أن القول بالشفعة في الكراء خلاف المشهور، وحيث جرى العمل به في الأكرية البسيطة التي لم يصحبها بيع فيُقتصَر فيه على ما ورد عن الحكام به تقليلا لمخالفة المشهور ما أمكن.

ص 256 **وأيضا فالبيع هو الأصل المبنيُّ عليه ما ذُكر من الكراء، والكراءُ فرع عنه تابع له، فلم يُعْطُوهُ حكم ما ليس تابعا من الأكرية المجردة**، وإن كانت المنفعة هي المقصودةَ في كثير من الرهان الوقتية فذلك لا يُخرجها عن كونها فرعا عن البيع وتابعة له شرعا.

وما وقفتم عليه بخط الصباغ مما يخالف هذا لا يقاوم نقل ما ذكرنا عند التعارض كما لا يخفى على العارف بأحوالهم، وقد عرضت تلك الوجادة على بعض محققي شيوخنا فلم يلتفت إليها ولا بالى بها، لمخالفتها لما صح لديه مما كان عمَلُ القضاة المعتمدين عليه.

وأما كيفية الأخذ بالشفعة في ذلك لو قيل به فيؤخذ من قول المختصر: «وبما يَخُصُّه إن صاحبَ غيرَه» [2]، أي إنه إذا صاحب الشقص غيره في عقدة البيع فإنه يأخذه الشفيع بما يخصه من الثمن دون ما معه مما لا شفعة فيه، بأن يُقَوَّمَ الشقص منفردا ثم يقوَّم مع المصاحب له، فإذا كانت قيمته وحده عشرة مثلا، وقيمته مع المصاحب خمسةَ عشر، فإنه يعرف أنه ينُوبُهُ من الثمن الذي وقع به البيع الثلثان فيأخذه بهما، وعليه فتُقَوَّمُ المنفعة في مسألة الرهن وحدها بما تُكرى به في تلك المدة، ثم تقوَّم مع ما صاحَبَها في الثمن على المعهود في تقويمه -من كونه إذا كان عينا- بالعرض، ثم تقويم العرض بعين، وإذا كان عرضا بالعين، فإذا كانت قيمة المنفعة، أي كراء مثلها في تلك

(2) وذلك في أول باب الشفعة، المشار إلى أوله في الهامش السابق(1).
والمعنى: وأخذ الشفيع الشقص (العقار) المبيع مع غيره في صفقة بالقدْر الذي يخصّه من الثمن إن صاحب الشقصُ غيره في المبيع، ولزم المشتري الباقي المصاحبُ للشقص في الصفقة بما يخصه من الثمن... الخ.

المدة عشرين مثلا، وقيمتها مع المصاحب لها ستين، فإنه يُعْلَمُ أنه يخُصُّها من السلعة المدفوعة في مقابلتهما الثلث، فيأخذها بمثله إن كانت السلعة مثلية، أو قيمته إن كانت مقوَّمة، مع تعجيل جميع ذلك كما عجَّله المرتهن، وهو معنى قول الصباغ: وإنما يعطي الكراء إلى حلول أجل الرهن، أي جُملة لا تقاضيا، لوجوب مساواته للمشفوع منه فيما كان عليه العقد.

وقولكم: (وما يكون حال الدين الخ؟). **فجوابه أن المتعين في شِقَّيْ التردديـن المذكورين في السؤال هو الأول قطعا، وليس فيه تبعيضُ الصفقة، الممنوعُ منه الشفيعُ**، لأن ذلك إنما هو فيما يمكن للشفيع أن يأخذه بها كحصص من دُور مثلا اشْتُرِيتْ صفقة، وهذا ليس كذلك، لعدم تمكن الشفيع من أخذه، كمسألة عرْضٍ بيعَ مع شقص، المشار إليها بقوله: «وبما يخصه إن صاحب غيره»[3]، فالبائعُ هنا دخل مُجَوِّزاً لأخذ الشفيع لذلك البعض الذي هو المنفعة دون البعض الآخر الذي هو الثمن لعدم تأتي الشفعة فيه، وقد تبين أن كلام الصّباغ جار على قاعدة الشفعة وإن لم يجْرِ به عمل عند من ذكرنا من الأشياخ. ص 257

وقد وقعتْ الفتوى قبل هذا من بعض فقهاء الوقت بوفْقه جريا على مقتضى القياس المذكور، ووافقَه كثيرٌ منهم على ذلك، ومن جُمْلَتهم كاتب هذه الحروف.

ثم لما تقرَّر لدينا عملُ من تقدَّم بخلافه رجعنا عن ذلك إلى هذا، وقوفا عندما حدُّوه، وتحرُّجًا من فتح ما سدُّوه، إذ هم أرجح عقلا، وأصح علما، وأمتن دينا، والسلام عائد عليكم، والرحمة والبركة من كاتبه(هـ).

قلت: في نوازل العلمي ما نصه : ونقلتُ من خط والدي رحمه الله: (أنظر رهن المشاع بشرط المنفعة للمرتهن، هل للشفيع أن يشفع تلك المنفعة

---

[3] تقدمت في الهامش رقم(2).

أم لا؟، والظاهرُ جريانُهُ على الخلاف في الشفعة في الكراء، إلى أن قال: والعملُ بفاس على شُفعة منفعة الرهن المشاع).(هـ).

وسئل المسناوي أيضا عمن اشترى نصف شقص، ثم تطوّع للبائع بالإقالة مطلقة أو مقيَّدة بأجل، فهل - سيدي - إذا باع الشريكُ النصف الآخر تكون له الشفعة في الوجهين أم لا فيهما، أم في أحدهما دون الآخر؟، وإذا قلتم بالشفعة وأراد البائع المقالُ أخذ الشقص الآن في الوجه الأول، أو قبل الأجل في الثاني، فهل يكون له النصف الذي باعه فقط لأنه المقال فيه ويبقى الآخر بيد المشتري المقيل، أو يكون له الجميع؟.

فأجاب بقوله: لم أقف على نص فيها بعينها، والذي يظهر فيها ثبوتُ الشفعة للمشتري الأول في وجهيْ الإقالة، لكونه ما زال ملكه ثابتا؛ وإنما صدر منه الآن التزامُ الإقالة عند الإتيان بالثمن مطلقا أو في الأجل المتفق عليه، وأنه إذا أتى البائع المتطوَّعُ له بالإقالة بالثمن إنما يكون له النصف الموعود بالإقالة فيه دون الآخر المأخوذ بالشفعة لعدم التزام الإقالة له، والله أعلم(هـ).

وفي المعيار: وسئل غيره عمن اشترى شقصا بالثّنْيا لعامين فقام الشفيع بالشفعة.

فأجاب : إن كانت الثُّنيا مشروطة في أصل البيع فهو بيع فاسد ويفسخ، وإن عُقدت بعد تمام البيع فالشفعة واجبة(هـ).

وسئل المسناوي أيضا عمن اشترى أرضا بيضاء من ورثة ثم غرسها، ثم بعد نحو العامين باعها لرجل آخر، وبقيت بيد المشتري ثانيا يعالج أشجارها بأنواع العلاجات من خدمتها وقلْب أرضها وزبْر أشجارها وتلقيحها نحو الأربعة أعوام إلى أن صار ذلك جنانا تطمح إليه العيون وتميل إليه النفوس

يُساوي أضعاف الثمن الذي اشتراه به من صلاح أشجاره، والآن قام عليه من له حظ مع الورثة البائعين أولا من الأرض المبيعة واستُحِق ذلك الحظ من يده، وأراد أخذ أنصباء الشركاء بالشفعة من يده، فهل يأخذُ ذلك منه بالثمن الذي باعها به الورثة الشركاءُ ويدفع له مع ذلك قيمة الأشجار قائمة يوم الحكم، أو يأخذها بالبيع الثاني؟، وإن قلتم بهذا فما معناه، هل بما ينوبُ الأرض من الثمن بأن يفُضَّ الثمن على الأرض والأشجار ويشفعُ بما ينوب الأرض، ويدفعُ للمشتري مع ذلك قيمة الأشجار قائمة يوم الحكم، إذ لا ملك للمستحق ولشركائه في الأشجار، وإنما هي للبائع الغارس، والمشتري منه يقوم مقامه، فما كان له يكون له؟، وإن قلتم بهذا وامتنع المستحِقُّ من دفع قيمة الأشجار، فهل تبطل شفعته في ذلك ويقال للمشتري: إدفع له حظه من الأرض ولا يبقى له معك كلام، وإن أبى أن يدفع له قيمة الحظ وبقي شريكا معه، فهل بقدر قيمة حظه من الأرض والمشتري بقيمة حظوظه الشركاء وقيمة الأشجار، أو لا يُنَزَّلُ هذا المشتري منزلة البائع منه، وإنما يكون له الثمَنُ الذي اشترى به من الغارس إن أخذ الشفيع بالبيع الثاني وإن كان الجنان يساوي الآن ما ذكر بسبب قيام المشتري ومعالجته كما ذكر؟، وما حُكمُ الثمرة التي بتلك الأشجار الناضج بعضُها الآن، هل هي للمشتري لأنها لم تكن بها أو حكمها حكم الأشجار فهي تابعة لها؟ **جوابا شافيا كاشفا لغطاء كل فصل على حدَته.**

ص 258

فأجاب : **الحمد لله**، لاشكَّ أن الشفعة إنما تكون بعد المدة المذكورة في السؤال إذا وُجد مانع منها قبل ذلك من حجر أو غيبة أو غيرهما من الموانع المقرَّرة في باب الشفعة، وأما حيث انتفت الموانع المذكورة فإنه تسقط الشفعة بمضيِّ السنة وما قاربها من يوم البيع كما هو معلوم، فضلا عن مُضي المدة المذكورة، وحيث صحَّتْ الشفعة في نازلة السؤال لعدم وجود شيء من

تلك الموانع قبل ذلك فللشفيع أن يأخذ الشقص المشفوع فيه بالبيع الأول أو بالثاني. **قال في المختصر**: «وأخَذَ بأيِّ بيْع شاء»[4]، فإذا أخذ بالبيع الأول فإنه يأخذ الشقص من يد من هو بيده وهو المشتري الثاني ويُسَلِّمُ له ثمنه إن ساوَى ثمن من أخذه ببيعه، فإن نقص الثمن الثاني عن الأول المأخوذ به دفع للثاني ثمنه فقط وسلَّم الزائد للأول، وإن زاد الثمنُ الثاني لم يلزم الشفيعَ الزيادةُ، بل يرجع بها المشتري الثاني على بائعه وهو المشتري الأول كما في المواق، ثم يعطي الشفيعُ مع ذلك قيمة الأشجار قائمة يوم الحكم كما يؤخذ من قول المختصر في فصل الاستحقاق: «وإن غرس أو بنى قيل للمالك: أعطه قيمته قائما»[5]، وإذا أخذ بالبيع الثاني فإنه يشفع الأرض بما ينوبها من الثمن كما يؤخذ من قول المختصر أيضا– «وبما يخصه إن صاحب غيره»– فتقوَّمُ الأرض منفردة ثم تقوَّم على أنها مبيعة مع ما فيها من الأشجار كما صرح بذلك عبد الحق، ولا يُقَوَّمُ كل واحد منهما بانفراده؛

ص 259

فإذا قيل: قيمة الأرض وحدَها عشرةٌ مثلا، وقيمتُها مع الأشجار ثلاثون، فيُعْلَمُ أنه يخصها من الثمن الثلث، فيأخذها بثلث الثمن الذي وقع به البيع الثاني بالغا ما بلغ، ثم يدفع مع ذلك قيمة الأشجار قائمة يوم الحكم كما في القسم الأول، فإن امتنع المستحق من دفع قيمة الأشجار فللغارس دفعُ قيمة الأرض براحا، فإن أبى من ذلك أيضا كانا شريكين بالقيمة يوم الحكم، هذا بقيمة حظه من الأرض، والآخرُ بقيمة جملة الغرس وحظوظ الشركاء كما

---

(4) وذلك في أثناء باب الشفعة، وقد سبقت الإشارة إلى هذه العبارة وبيان معناها في الهامش (6) من نوازل الاستحقاق في هذا الجزء.

(5) وذلك في أول فصل الاستحقاق، الذي بدأه بقوله: «فصل، وإن زرع فاستُحقت، إلى آخره. والمعنى بإيجاز واختصار: وإن غرس ذو الشبهة أو بنى في أرض، ثم استُحقت، قيل للمالك الذي استحقها من ذي الشبهة (أي الذي غرسها بمبرر) بعد غرسه أو بنائه: أعطه قيمة البناء والغرس حال كونه قائما، وخذ الأرض ببنائها أو غرسها، فإن أبى المالك للأرض من ذلك وامتنع منه فللغارس أو الباني دفعُ قيمة الأرض خالية من الغرس والبناء، فإن أبى هو كذلك فهما شريكان بالقيمة يوم الحكم: المالك بقيمة أرضه، والغارسُ أو الباني بقيمة غرسه، وبهذا قضى عمر رضي الله عنه، إلا الأرض المحبسة فيتعين فيها النقض إلى آخر ما في الشرح هنا.

يفيده قول المختصر: «وإن غرس أو بنى قيل للمالك: أعطه قيمته قائما»، فإن أبى فله دفع قيمة الأرض، فإن أبى فشريكان بالقيمة يوم الحكم.

وأما الثمرة فهي للمشتري المأخوذ منه لا للمستحق القائم عليه، إلا أن يشترطها فتكون له بالشرط، لأن الأشجار التي هي أصلها مشتراةٌ لا مأخوذة بالشفعة، وهذا إذا كانت مؤبَّرة يوم الأخذ كما يُفهم من قول السؤال: (الناضج بعضها الآن)، وأما غيرُ المؤبَّرة فهي تابعة للأشجار كما في المختصر أيضا في فصل التناول، والله تعالى أعلم.

وسئلت عن رجل اشترى نصف دار في شركة بنت وأمها، فأسقطت له الأم الشفعة وصار يتصرف بالإصلاح والكراء، ثم بعد عام وشهرين من البيع قامت البنت تطلب الشفعة زاعمة أنها لا علم عندها بالبيع، فاحتج المشتري عليها بما ذكر، وأُفتِيَ له بأن لا حقَّ للبنت في الشفعة لذلك.

فأجبت عن ذلك بما نصه:

الحمد لله، من المعلوم المقرر الذي هو كشمس الظهيرة أو أشهر أن الشفعة تسقط بمضي سنة كاملة من يوم علم الشفيع بالبيع لا من يوم عقده؛ ونصُّ الشيخ التاودي – ممزوجا بكلام التحفة –: والترك للقيام بالشفعة، والسكوتُ عنها فوق العام من يوم العلم بالبيع لا من وقت البيع من قادر مالكٍ أمرَ نفسه، عالم بالبيع يُسقط حقه فيها، فلا شفعة له مع المُقَام، أي مع كونه حاضراً ببلد البيع الخ. ونحوُهُ **لغير واحد، فلا حاجة للتطويل به عليه**، فالشفعة للمرأة المنكرة للعلم بالبيع ثابتةٌ حتى يَثبُت علمها به، ومرورُ سنة كاملة من يوم علمها به كما هو ظاهرٌ لا غبار عليه، **وأما ما اعتمده أرباب الفتاوي أعلاه من القرائن فلا معوَّلَ عليه.**

ص 260 **وبيان ذلك** أنهم جعلوا إسقاط الأم شفعتها بعدلين يتضمن إعلام بنتها به لكونها لا تفارقها في غالب الأحيان الخ، وهذا غلط، لأنه يحتمل أن الأم لم تُعْلِمها أصلا، وعلى تقدير أنها أعلمتها فيحتمل أن يكون إنما مضى

من يوم إعلامها شهرٌ أو شهران مثلا، فهذا الاحتمالُ مع ضعفه كما ترى بتقدير ثبوته لا يلزَمُ أن يكون مضى من يوم إعلامها سنةٌ، وقد علمت أنه لابد من مرورها من يوم العلم بالبيع، ولا إثبات هنا بالبينة ولا بالقرينة على كمال العام من يوم العلم.

فالحاصلُ بتقدير أن الأم أعلمتْهَا لا يلزمُ أن يكون مضى عامٌ من يوم علمها، بل يحتمل العام أو أقلَّ منه، وما كان كذلك فهو ساقط.

قال في المعيار: ولا يلزم القضاءُ والأحكامُ بلفظ فيه إشكال وإيهام، وهذا مما لا يختلف فيه أحد من ذوي الأفهام.. الخ.

وذكر القرافي في الفرق العاشر قاعدة مجمعا عليها، وهي أن كلَّ مشكوك فيه يُجعَلُ كالمعدوم الذي يُجْزَم بعدمه(هـ).

وأما التصرف الذي جعلوه قرينة على علمها فقد أبطله الشيخ الرهوني في حاشيته حتى مع علمها به، لأنه قال: وقعت هذه المسألة في امرأة قامت تطلب الشفعة بعد مضي ما يسقطها، وزعمت أنها لم تعلم بالشراء، وأثبت المشتري أنها كانت تخرج وتصل إلى الأرض المشتراة في الربيع للنقا، وفي الصيف للقط السنبل، وترى المشتري يتصرف في تلك الأرض، فوقع في ذلك نزاع بين المفتين، ورُفعت إليَّ النازلةُ ولم أوافق مع هؤلاء ولا مع هؤلاء **إلى أن قال: وإنما لم أوافق من أفتى ببطلان شفعتها، لأن ما أثبته المشتري لا يتبين به كذبها، لأن مجرد تصرف المشتري مع علم الشفيع لا يدل على ذلك**، ولذلك قال عيسى: فإذا جاء أمر بَيِّنٌ لا يُشك معه في كذبه الخ، لأن البائع قد تكون عادته أن لا يتصرف بنفسه أصلا، أو يتصرف تارة بنفسه، وتارة يكريه لغيره، أو يُعيره مطلقا، أو لمن بينه وبينه سبب يقتضي ذلك من صداقة أو قرابة أو صهر، ولا يظهر كذبُ الشفيع برؤيته تصرُّفَ المشتري إلا في بعض هذه الوجوه، وهو أن تكون عادة البائع أن لا يتصرف إلا بنفسه، أو يعيره لمن بينه وبينه سبب، والمشتري لا سبب بينه وبينه باعتراف الشفيع، **بل صرح**

سيدي علي بن هارون بأنه لا يتبين كذبُه إلا بما هو أخصٌ من هذا، ونصُّهُ:
وإن ادعى أنه لا علم له بالبيع وقال: ظننت أن تصرُّف الحائز نيابة عن شريكي البائع الذي كان بيده فالقول قوله بيمين، إلا أن يثبت علمه بالبيع، أو بأن المشتري الحائز كان ينسبه لنفسه بمحضره، فسَكَتَ من غير عذر حتى انصرف أمدُ الحيازة، فذلك قاطع دعواه؛ وما قاله ابن المواز خلافُ قول ابن القاسم وأشهب من أنه محمولٌ على عدم العلم حتى يتبين العلم، **قال المتيطي: وهو ظاهر المذهب.** (هـ)، وفيه كفاية.

ص 261 **على أن هذا الكلام كله كما ترى موضوع في المرأة التي تخرج وترى المشتري يتصرف**، وأما التي لا **تخرج كما في هذه النازلة فلا تبطل شفعتها بحال، ففي حواشي الشيخ الرهوني نقلا عن المنتخب ما نصه:**

قلت: فإن كانت امرأة، قال: هي على شفعتها متى طلبت ذلك وتحلف ما علمتْ إلا حين قامت، إلا أن تكون امرأة تخرج ويُعلم أن ذلك لم يخفَ عليها، أو يأتي أمرٌ بَيِّنٌ يدل على كذبها (هـ).

وفي المفيد: وإن كانت امرأة فهي على شفعتها متى طلبت ذلك، وتحلف أنها ما علمت إلا حين قيامها، إلا أن تكون امرأة تخرج وتتصرف ويعلم أن ذلك لم يخف عليها، أو يأتي أمر بيِّنٌ يدل على كذبها (هـ).

وفي طرر ابن عات: وكذلك المرأة إذا كانت ممن تخرج ويتبين كذبها ومثله لا يخفى عليها فتبطل شفعتها (هـ). إلى غير هذا مما يطول.

فقد علمت من هذه النقول أن موضوع القول بالبطلان إذا قامت قرينة تدل على كذبها جزما، **وليس هنا قرينة تفيد ذلك، والله أعلم**، قاله وقيده عبد ربه تعالى؛ المهدي الوزاني لطف الله به.

سؤال عن رجل باع بعضُ شركائه في أرض حظا وهو غائب بالمشرق، وحين قدم باقيا على شفعته اشترك مع المشتري ذلك الحظ في بحيرة، وصيَّرا عليها صائرها، واقتسما المستفاد منها، ولقدومه من الغيبة نحو ثمانية

أشهر، فما ترون – سيدي – في السكوت والرضى بتصرف المشتري معه وتصيير ما صار واقتسام ما قسماه، هل تسقط بذلك شفعته أم لا؟.

الجواب أن الشفيع حيث اشترك مع المشتري وعملا في الأرض التي فيها الشفعة واقتسما المستفاد فذلك يُعَدُّ منه رضى بشركة المشتري وإعراضا عن الشفعة، فلا يكون له الأخذُ بها، والنازلة غير بعيدة من قول المتن في مسقطات الشفعة: «أو ساومَ أو ساقى أو استأجر»[6] بجامع الإعراض بذلك عن الشفعة، والله أعلم.

وكتب محمد بن أحمد الزيزي:

الحمد لله، الجواب أعلاه صحيح، قال اللخمي: الشفعة تسقط بسبعة أوجه؛ السادسُ ما يكون من الشفيع من مساومته أو مساقاته أو كراء(هـ).

فالنازلة المسؤولُ عنها: إما أن يسلك بها مسلك المساقاة من حيثُ إنها أي المساقاة شركة في العمل في الأرض، ونازلتنا كذلك، وكلتاهما مملوك، وإما أن يسلك بالنازلة مسلك الأكرية، وهي أيضا عملٌ في الأرض، ولم يختلفا أي المساقاةُ والأكرية إلا في عمل الجزء الذي للعامل في المساقاة، إذ هي مستثناة من أصل ممنوع، وإلا فهُما واحد، ومقتضاهما مُتَّحدٌ، فالواجبُ إذاً حَمْلُ النازلة على حكم المساقاة أو الكراء، هذا ما ظهر لَنا، والعلم عند الله تعالى. وإشراك الشفيع المشتريَ، وإطلاقُ اليد له دليلُ الرضى بملاحظة ما ذكرنا من المساقاة والكراء، وهما في المختصر، وكتب عبيد ربه تعالى، محمد بن الحسن بن رحال، لطف الله به.(هـ).

ص 262

(6) وأول العبارة قوله: «وسقطت إن قاسم أو اشترى، أو ساوم أو ساقى أو استأجر، أو باع حصته، أو سكت بهدم أو بناء الخ.
والمعنى: وسقطت الشفعة إن قاسم الشفيع المشتري في العقار المشترك بينهما، أو اشترى الشفيعُ الشقص المشفوع فيه من المشتري، أو ساوم الشفيع المشتري في الشقص، أو جعل نفسه ساقيا لشقص الحائط (أي الجنان) المشفوع فيه من المشتري، أو استأجر الشقصَ المشفوع فيه من مشتريه، أو باع حصته، أو سكت الشفيع سكوتا مصحوبا بهدم أو بناء من المشتري، والشفيع حاضر عالم... الخ

الحمد لله، ما ذُكِر من كون مشاركة الشفيع للمشتري فيما ذُكر أعلاه مُسْقِطا لشفعه هو الظاهر الذي لا محيد عنه في النازلة أعلاه :

قال العلامة ابن جُزَيّ في قوانينه عادًّا للشروط التي تجب بها الشفعة ما نصه :

الشرط الرابع أن لا يظهر من الشفيع ما يدل على إسقاط شفعته من قول أو فعل أو سكوت مدة من عام فأكثر الخ، وهذا يدل على أن ما ذكروه –من عَدِّ مسقطات الشفعة وأنها تسعٌ– غيرُ مراد به حصْرُها في ذلك، بل كل ما يدل على الإسقاط والرضى بالشركة دلالة بينة، كالإحداث في المشترى المعروض للشفعة لشيء لابد معه من ملاقاة الشفيع عادةً كالشركة في البحيرة هنا، والتصيير عليها منهما، ثم قَسْم المستفاد من غلة المشترك بعد ذلك، فهذا إسقاط بالفعل، والله أعلم، وكتب عبيد ربه محمد بن أحمد التَّماق وفقه الله بمنه(هـ) .

الحمد لله، ما سطر أعلاه –من كون الشريك تسقط شفعته بما يدل على الإعراض عنها كمقاسمته للمشتري ونحو ذلك– صحيحٌ، وكتب عبد الله تعالى محمد بن عبد الصادق السوسي وفقه الله بمنه(هـ) .

الحمد لله، سيدي، جوابُكم عن رجل باع بعض شركائه في أرض حظا له وهو غائب، فلما قدم أراد المشتري مشاركته في بحيرة بتلك الأرض بأن يُصَيِّرا عليها معًا ويقتسما غلتها ومنفعتها، فَقَبْلَ إجابته إلى ذلك أشهد على نفسه سرا عن المشتري أنه أخذ بالشفعة من يده فيما اشتراه بما يصح ويثبت من الثمن، ولم يُطلعه على ذلك، وإنما فعل ذلك خشية دعوى الإسقاط للشفعة إذا هو شاركه في البحيرة بها، ثم بعد ذلك شاركه في البحيرة وصيَّرا ما يلزم فيها مشتركًا بينهما، واقتسما الغلة منها على نسبة شركتهما، والآن بعد ثمانية أشهر من مَقْدَمِ الشفيع من غَيبته أراد انتزاع ذلك الحظ من يد مشتريه بشفعته إياه، فقال له المشتري: تصرُّفي معك بما ذُكِر إسقاطٌ منك

للشفعة، فهل تثبت له الشفعة مع ما ذُكر أوْ لا شفعة له ويُعدّ مسقطا لها بما صدر منه؟.

ص 263 **الجواب**: – **أن الشفيع المذكور على شفعته إلى أن يمضي العامُ المقدَّر لها عرفا**، والخلاف المقرَّر في الأخذ بالشفعة سِرًّا وخُفية من المشتري إنما محله إذا قام بعد مضي العام فأكثر، أما داخل العام فلا خلاف فيه.

وأما شركة الشفيع مع المشتري في البحيرة حيث انقضت الشركة قبل مضي العام المذكور فلا يدل على إسقاط الشفعة، لأن ضابط مسقطاتها في كلام أئمتنا رضي الله عنهم أن يقع من الشفيع ما يدل على الإعراض عن الشفعة دلالة عن بينة من قول أو فعل، وحصر الأئمة ذلك في أمور أشار إليها صاحب المختصر بقوله: «وسقطت إن قاسم أو اشترى أو ساوم أو ساقى أو استأجر»[7] الخ؛

فالمقاسمة بأن يقاسمَ الشفيعُ المشتريَ في الذات أو منفعة الأرض للحرث أو الدار للسكنى، لا مقاسمة الغلة في الأشجار بخَرْص ما يُخْرص عند الحاجة كما في التوضيح، فلا تسقط بها الشفعة عند ابن القاسم، خلافا لأشهب.

وأما المساقاة والإجارةُ فبأن يجعلَ الشفيعُ نفسه مُساقى في الحصة التي فيها الشفعة، أو بأن يكتريها من المشتري، فتسقُطُ شفعته لدلالة فعله على الرضى بالترك، لأنه –كما في التوضيح– مالك أخذ تلك الحصة بغير كراء ولا مساقاة، أما عكسُ ذلك بأن يدْفَع الشفيعُ حصته للمشتري مساقاةً أو إجارةً للعمل فيها فلا تسقط به شفعته، لعدم دلالته على الترك حينئذ، لأن دفع الشفيع حصته للمشتري غيرُ مؤْذن بتسليم تملُّك المشتري لما اشتراه، فيبقى مع ذلك على شفعته.

---

(7) هي نفس العبارة المذكورة في الهامش 6 قبل هذا من باب الشفعة.

وصورةُ شركة الشفيع في غرس البحيرة بالأرض المشترى منها حصتها وقلعها قبل مضي العام وقسْم غلتها - كما في نازلة السؤال - من القبيل الثاني الغير المسقط لا الأول المسقط، لبقاء حصة كل ها هنا بيد صاحبها، فليس فيها ما يدل دلالة قوية على الإسقاط، إنما فيها ما يدل على عدمه حيث أشهد بالأخذ بالشفعة قبل الشركة مخافة دعوى الإسقاط بسببها، فتخرجه بهذا الإشهاد النازلةُ عن ضابط المسقطات من جهة الإشهاد المذكور من جهة بقاء كل حصة بيد صاحبها في الشركة المذكورة حتى لا تدُلَّ دلالة قوية على الرضى بالترك، **فالواجبُ في النازلة بقاءُ الشفيع على شفعته كما قررناه**، والله تعالى أعلم، وكتب أسير ذنبه؛ محمد بن عبد السلام بناني لطف الله به. إنتهى.

ص 264 **الحمد لله، المقيَّدُ أعلاه صحيح**، وورُود النازلة علينا كان تصورها مغايرا لهذه، واختلَف جوابُهُمَا، والأصل ثبوت الشفعة ولا يسقط إلا بواضح، وكتب محمد بن الحسن بن رحال لطف الله به(هـ).

الحمد لله، حيث أشهد الشفيعُ بالشفعة سِرًّا قبل المشاركة في البحيرة فشفعته صحيحة، لأن العمل بفاس حرسها الله على أن الأخذ بالشفعة سرا نافعٌ معمولٌ به مسموع شرعا[8]، وحينئذ فلا تضره مشاركته مع المشتري في البحيرة ولا تُسقط شفعته، وقد وردت علينا هذه المسألة على غير هذا الوجه، فأجبنا عنها بمقتضَى سؤالها، والله أعلم، وكتب عبد الله تعالى، يعيش ابن الرغاي وفقه الله بمنه.(هـ).

الحمد لله؛ الشركة في البحيرة المشار لها في السؤال أعلاه لا تَقوى قُوة شيء من مسقطات الشفعة التي نصَّ عليها أئمتنا كما في المختصر وغيره،

(8) في طرة النسخة الأصلية عند هذه الكلمة، العبارة الآتية: فيه نظر يأتي.

والأخذُ بالشفعة حقٌّ وجب فلا يَسْقُطُ إلا بالأمر القوي، سيما وقد أخذ الشفيع بالشفعة سرا قبل الشركة المذكورة، وقد قال صاحب العمليات :

والأخذُ بالشفعة سرا ينفع * به قضاةُ الوقت قالوا أجمع

فالواجب إبقاء الشفيع على شفعته في النازلة أعلاه، والله تعالى أعلم بالصواب، وكتب ذلك محمد بن قاسم جسوس وفقه الله بمنه .(هـ) .

مسألة : قال أبو علي الحسن بن عطية الونشريسي : من أراد أن يأخذ بالشفعة لغيره فليس له ذلك، والبيع بالقرب يدل على أنه لم يشفع لنفسه، ويشهد لهذا ما في سماع سحنون عن ابن القاسم فيمن استقال من سلعته فقال له المبتاع : أخافُ أن تكُون تريد بيعها وأُربحت فيها، فقال : إنما أردتها لنفسي، فأقاله، فباعها للغير، قال : فأرى نقض البيع .

ومثل ذلك من سأل امرأته أن تضع عنه صداقها فقالت : أخاف أن تطلقني، فقال : **لا أفعل**، فوضعتْه عنه فطلّقها، **فقال مالك** : أرى أن ترجع بما وضعت، فإن طال الزمان ثم طلَّق فلا أرى لها شيئا .(هـ) من المعيار باختصار العلامة سيدي عبد السلام الرندي .

ومن خطه أيضا أن الشفيع إذا باع ما شفعه قبل مضي ستة أشهر رُدّ لمشتريه، ولابد من حضور المشتري وموافقته على أخذ الشفعة، **وقال الزناتي في شرح الرسالة** : متى ظهر أنه أخذ لغيره أو ليربَحَ فيها فُسِخ أخذُه .(هـ) .

وانظر إذا رُدَّ الشقص لمشتريه، هل يُعَدُّ ملكا مستأنفا فلا يشفَعُ ما بيع قبْلُ، أو بالملك الأول؟، ويشهد للأول الردُّ بالغَبن،(هـ) ما بخطه .

ص 265 **وفي ابن هارون** : **قال بعض الشيوخ** : وليس له أن يأخذ بالشفعة ليبيع، وقالوا في المديان : له الأخذ بالشفعة فيباع لغرمائه، واستحسن أشهبُ ألا يكون له ذلك، لأنه إنما يأخذ ليبيع .(هـ) .

وسئل العلامة القاضي سيدي محمد بن الحسن المجاصي عن حَدٍّ القرب الذي يقام به في ذلك ؟.

فأجاب : الجواب – والله الموفق – أن بيع الشفيع ما شفعه بالقرب يوجب قيام المشتري عليه وردّ مشتراه إذا كان البيع المذكور قبل مضي ستة أشهر، قاله في المعيار، وبه أجاب الشيخ السراج.(هـ).

وأجبت عن مسألة بما نصه :

الحمد لله، حيث كُلِّف المدعَى عليه بإثبات القسمة وأثبتها ببينتي اللفيف والعدول فلا إشكال في سقوط الطلب عنه بالشفعة، إذ لا شفعة بعد القسمة كما قال في المختصر: «وسقطت إن قاسم الخ، وقال في التحفة :

وفي الأصول شُفعةٌ مما شُرِع * في ذي الشياع وبحد تمتنع

المراد بالحد هو القسمة، وعبر عنها بذلك، للحديث كما قاله شراحه؛ ولفظُهُ: «الشفعة فيما لا ينقسم، فإذا وضعت الحدود وصرفت الطُّرُقُ فلا شفعة».(هـ).

والحاصل أنه حيث ثبتت القسمة فلا شفعة بحال، وتوهُّمُهَا وطلبُها إنما هو من الطمع الأشعبي المحال، والعلم لله الكبير المتعال، قاله وكتبه المهدي بن محمد الوزاني لطف الله به.

وأجبت أيضا : **الحمد لله**، حيث رضي المدعَى عليه باليمين من المدعي على أنه لا علم عنده ويمكِّنه من الشفعة الخ، وقبْلَ أن يحلفه وجد بينة لفيفة تشهدُ بأن المدعي لم يطلب من المدعى عليه شفعة فيما اشتراه بعد علمه واقتسامه معه غلة كل سنة الخ، فلا يلزمه ذلك التراضي، لأنه كان قبل ظهور البينة الشاهدة بعلمه، وأما بعد وجود البينة فله أن يرجع عن تلك المراضاة، والشفعة باطلة، لأن محلها حيث لم يعلم الشفيع ويسكت عنها سنة، وإلا فلا شفعة له؛ قال في التحفة في باب الشفعة :

والتركُ للقيام فوق عام * يُسقط حقه مع المقام

التوضيح: المشهور أن الشفعة تسقط بعد مدة طويلة، واختُلف فيها.

فرأى أشهب السَّنة، ولا شفعة بعدها، وهو مذهب الرسالة. **المتيطي: وعليه العمل، وبالغ أشهب في هذا فقال**: إذا غربت الشمس من آخر أيام السنة فلا شفعة الخ؛ **المعيار في نوازل الشفعة**: وعلى انقطاع الشفعة بسنة عَمَلُ القضاة الخ، **الفشتالي**: الذي عليه العمل أن الشفعة تنقطع بمضي عام الخ.

ص 266 **وأما المراضاة** فلا تلزمُ حيثُ وُجدت البينة ولو حلَّفه بالفعل، فأحرى قبله. **قال في الرسالة**: إذا وجد الطالبُ بينة بعد يمين المطلوب لم يكن عَلِمَ بها قُضِيَ له بها، وإن كان علم بها لم تُقبل منه. (هـ). **ابن ناجي في شرحها**: وصاحبُ البينة محمول على عدم العلم، وبه العمل. (هـ). **والمسألة من الضروريات**، فلا حاجة إلى التطويل فيها، والله أعلم، قاله المهدي بن محمد الوزاني لطف الله به.

وأجبتُ عن مسألة بما نصه :

الحمد لله، من المعلوم المقرر الذي هو كشمس الظهيرة أو أشهر أن الشفعة في الأصول إنما تجب للشريك لا للأجنبي، فمن كانت له فيها شركة وجبت له، ومن لا فلا. قال في المختصر: «الشفعة أخذ شريك»[9] الخ.

وقال ابن عرفة : هي استحقاقُ شريك أخذَ مبيع شريكه الخ.

وقال في نوازل سيدي عبد القادر الفاسي نقلا عن ابن رشد ما نصه:

لأن مذهب مالك رضي الله عنه وجميع أصحابه أن لا شفعة في الأصول إلا فيما بين الشركاء، على ما ثبت من قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة الخ.

إذا تقرر هذا ظهر أن صاحب النسخة أعلاه لا شفعة له لعدم ثبوت شركته في البلاد المبيعة، وطلب الشفعة هو فرعٌ عن ثبوتها، فحيثُ لم يُثبتها فلا شيء له.

(9) سبقت الإشارة إلى هذه العبارة المتضمنة لتعريف الشفعة في الهامش رقم 1 من نوازل هذا الباب.

وأما شهادة الشاهدين أعلاه بأن الأول طلب من الثاني الشفعة فامتنع منها إلا إن حكم له الشرع بها الخ، فلا حجة له فيها، لأن امتناعه منها حتى يحكم بها الشرع صحيح، لأن الشرع لا يحكم بها إلا بعد أن تثبت الشركة بينه وبين البائع، وأما إن لم تثبت كما هنا فلا يُحكم بها. **قال الفشتالي في وثائقه**: فلو اختلفا في الشركة، كأن يُنكر المشتري شركة الشفيع فعلى الشفيع إقامة البينة بالشركة(هـ).

وفي تبصرة ابن فرحون: قال ابن رشد: إذا قام الشفيع يطلب الأخذ بالشفعة ورفع ذلك إلى حاكم، حكَمَ له بالأخذ من المستشفع منه بعد ثبوت ملكهما وثبوت الشراء. **وقوله** (بعد ثبوت ملكهما) يعني أن القائم بالشفعة يلزمه أن يثبت ملكيته للحصة التي يريد أن يستشفع بها، ويثبت ملك البائع للحصة التي يريد أخذها بالشفعة الخ.

فالحاصل أن طلب الشفعة يتوقف على ثبوت الشركة، والله أعلم، قاله وكتبه المهدي بن محمد الوزاني لطف الله به.

وسئل عن رجل كان اشترى حظا من فندق وأدى ثمنه، فاستشفعه بعض الشركاء ولم يحصر له ثمنه وقتئذ، فشرط عليه المستشفَع من يده أن لا يمكّنه من الحظ المذكور حتى يؤديه الثمن حسبما بنسخة رسم الشفعة أعلاه، ص 267 وطالت المدة، فمات المستشفَع من يده وخلص الحظُّ لبعض ورثته، ثم قام الشفيع يطلب منه الحظ المذكور، فهل لمن خَلُصَ له الحظ مَقَالٌ في ذلك أم لا؟، وهل للشفيع حق في طلب مستفاده منذ أخذ بالشفعة إلى الآن أم لا؟. فأجيبوا جوابا شافيا ولكم الأجر والثواب من الملك الوهاب.

فأجبت : **الحمد لله**، حيث كانت شفعة الحصة المبيعة من يد المشتري بعلمه فذلك لازم قطعا، وثبوتُ مِلك الشفيع للحصة المشفوعة – ولو تأخر دفع الثمن – معتبَرٌ شرعا.

قال في المختصر: «ومُلكَ بحُكْم أو دفْع ثمن أو إشهاد... إلخ»[10]، يعني أن الشقص المشفوع يُملك بأحد هذه الثلاثة: حُكْمِ القاضي، أو دفع الثمن، أو الإشهاد. فقوله: «أو إشهاد» صريحٌ في عين النازلة، وعطفُهُ على دفع الثمن يقتضي أن الإشهاد وحده كاف في أخذها وإن لم يدفع الشفيع الثمن، لأن العطف يقتضي المغايرة، ولاسيما بأو، **قال ابن الحاجب**: ويُمْلكُ بتسليم الثمن أو بالإشهاد أو بالقضاء الخ.

وفي شرح العلامة السجلماسي لقول أبي زيد الفاسي: (والأخذُ بالشفعة سرا ينفع * .. البيت) **ما نصه**: على أن صاحب المعيار أفتى به في مسألة شقْصٍ من حَمَّام إنجَرَّ للمسلمين، ثم باع من له حظ في الحمَّام المذكور حظه، فأشهد الأميرُ أنه أخذ بالشفعة، وبعد العامين نازع المشتري وقال: إن الأمير لم يشفع، فقال الونشريسي في جوابه بعد كلام طويل: إن الإشهاد الصادر من الأمير إن كان بحضرة المبتاع فلا إشكال في صحة الأخذ، ولا كلام للمبتاع من أجل تأخير الثمن، وحُجَّتُهُ في ذلك واهية لا عمل عليها. (هـ) الغرضُ منه.

وبالجملة فالخلاف بين العلماء في هذه النازلة إنما هو إذا لم يكن الأخذ بحضرة المشتري كما هنا، وإلا فالشفعة ثابتة للشفيع بمجرد الإشهاد بالأخذ بلا نزاع. **قال الشيخ ميارة في شرح التحفة**: إذا أشهد الشفيعُ أنه أخذ بالشفعة وكتب ذلك ولم يعلم به المبتاع حتّى مضى أجلُ الشفعة، هل تصح شفعته أم لا؟، حمل ابن عبد السلام قول ابن الحاجب «أو بالإشهاد» على معرفة المبتاع بالإشهاد، وحَمَلَهُ خليل على الإطلاق، سواء علم بذلك أم لا. وأفتى ابن عرفة بصحة الشفعة بمجرد الإشهاد ولم يعتبر علم المبتاع بذلك(هـ).

---

(10) وذلك في باب الشفعة.

أي: وملك الشفيع المشفوع بسبب حكم من حاكم له به، أو دفْع ثمن للمشتري وإن لم يرض به، أو إشهاد بالأخذ للعقار بالشفعة.. إلى آخر ما يتعلق بالموضوع من أحكام.

وقال أبو علي بن رحال في حواشيه: الذي يَظْهَرُ رجحانه هو ثبوت الشفعة وإن كُتبت سرا، قف عليه.

فظهر بهذا أن أخذ الشفيع بالشفعة صحيح بمجرد الإشهاد به وإن لم يدفع الثمن.

ص 268 **وأما اشتراط المشتري أن لا يمَكِّنَهُ من الشفعة إلا بعد قبض الثمن فغير مفيد**، لأنه قادرٌ على قبضه في ذلك الوقت بالرفع لمن له الاحكام ولو ببيع ذلك الجزء المشفوع كما قال في المختصر: « ولزم إن أخَذ وعَرَف الثمن فبيع للثمن » [11].

وأما غلة الحصة المبيعة في هذه المدة الطويلة فهي للشفيع لكونه في ملكه من وقت الأخذ، وكلُّ مَن ملك شيئا فله غلته، ولاكن قال في الدُّرِّ النثير: أنظر لو أشهد الشفيع على المبتاع بحضرته أنه قد أخذ بشفعته وسكت مدة، ثم طالبه الشفيع بغلة الشقص التي استغلها، هل يقضى له بها كما لا يُسقط سكوتُهُ بعد إشهاده عليه شفعته وإن مضى أمدُها كما نص عليه في المجموعة أم لا؟. (هـ).

وقال الونشريسي في الغُنية أيضا : أُنظر إذا قلنا: إنها تكون له بمجرد الإشهاد، ممن يكون ضمانها في هذه المدة؟، ولمن يكون خراجها؟، فابحث على النص فيها فإنه بعيد جدا، والظاهرُ مما تقدم أن الضمان من المبتاع، والخراجُ له(هـ). **ونقله الرهوني في حاشيته وقال عقبَهُ: فيه نظر** . ومراده بقوله (مما تقدم) هو كلام ابن عرفة المنقولُ هنا في ابن غازي وغيره. والظاهر من كلام ابن عرفة عكسُ ما فهمه منه، لأن ابن عرفة استدل بإشهاد مَن له الخيار

(11) وذلك في باب الشفعة أيضا، وبعد العبارة السابقة في الهامش 10 قبل هذا.
والمعنى: ولزم الشفيع الأخذ بالشفعة إن قال: أخذت بصيغة الماضي، والحال أن قد عرف الثمن الذي اشترى به المشتري العقار، فإن أخذ قبل معرفته- فلا يلزمه الأخذ، فإذا عرفه فله الرجوع عن الأخذ، وإذا عرف الثمن وقال: أخذته ولزمه الأخذ ولم يأت بالثمن فيباع من مال الشفيع ما يوفي بثمن العقار المشفوع في.. الخ.

من المتبايعين في غيبة الآخر، وذلك يفيد أن الضمان هنا من الشفيع، والخراجَ له، لأن الحكم كذلك في المقيس عليه، ولأن الحكمَ بصحة الأخذ يوجب ذلك، لأن فائدة صحة العقد تَرَتُّبُ أثرِه عليه، ولا وجه للتوقف في ذلك على المشهور من أن الأخذ بالشفعة بيعٌ، لأن العقد الصحيح فيما ليس فيه حقُّ توفيَّة ينقل الضمان بمجرده اتفاقا، ويظهرُ أن الأمر كذلك على المقابل من أنها استحقاق، لأنه قد وقع بالفعل بمجرد الإشهاد، فتأمله بإنصاف .(هـ) .
وما قاله ظاهر. وعليه فيُنظر بأرباب المعرفة قدرُ الكراء الواجبُ في هذه الحصة من يوم أخذها الشفيع، ويقابلُ بالثمن الذي خرج من يد المشتري يوم الشراء، فمن كان له فضل على صاحبه قبضه منه، والله أعلم؛ قاله وكتبه عبد ربه تعالى، المهدي لطف الله به.

وأجبت عما يُفهم من الجواب، ونَصُّه :

الحمد لله، حيثُ أخفى البائع وكالة زوجته على البيع ولم يُظهرها كان بيعه لهذا الجزء قبل إظهارها غير معتدٍّ به، لأنه من قبيل بيع الفضولي، وهو غيرُ لازم كما نص عليه غير واحد. **قال الشيخ التاودي في شرح التحفة عند قولها**: (والزوجُ للزوجة كالموكَّل . . . البيت)[*] بعد كلام ما نصه:

(*) وذلك في فصل تداعي الموكّل والوكيل، والبيت بتمامه هو قوله :
والزوج للزوجة كالموكَّل .:. فيما من القبض لما باعت يلي.
وقوله : (كالموكَّل) بفتح الكاف، واللام في قوله : للزوجة، بمعنى عن، والتقدير : والزوج كالوكيل عن زوجته فيما يليه من قبض ثمن ما باعته، فيُقضى له بقبضه ممن هو عليه وإن لم توكّله عليه، ويصدّق في دفعه لها إن أنكرتْ على المشهور من الأقوال، لأنه وكيل عنها بالعادة. ولا مفهوم للقبض، بل سائر التصرفات من البيع والشراء وغيرهما كذلك، حيث كانت عادة البلد تصرُّف الأزواج لأزواجهم بذلك. ابن رشد : يُحكم للزوج بحكم الوكيل فيما باع واشترى لامرأته وإن لم تثبت وكالته، للعرف الجاري من تصرف الأزواج لأزواجهم في أمورهن. إهـ
قال الحطاب : وتصرّف الرجل في مال امرأته محمول على الوكالة حتى يثبت التعدي، قاله مالك في كتاب البضائع والوكالات.

وقول الناظم: «فيما من القبض لما باعت» يقتضي أنه لا يكون كالوكيل في البيع نفسه، وهو كذلك إذا لم يجرِ به عرفٌ كما عندنا الآن بفاس، فإن جرى به مضى أيضا، وفيه فرضه في البيان(هـ).

ص 269 **وقال الشيخ التسولي**: فإن لم يكن عرفهم ذلك أو لا عُرْف أصلا كما عندنا اليوم، أو كانت بين الزوجين مشاورة كما لابن رحال، فلها ردُّ ذلك وتضمينه إن تلف المقبوض، وهو الجاري على ما في نوازل الصلح والرهن من المعيار فيمن رهن أو باع مال زوجته فأنكرت الإذن له أنها تحلف وتردُّ ذلك.(هـ).

وقال ابن عبد السلام بناني في شرح الزقاقية: لا يحمل بيع الزوج أصول زوجته على الوكالة العرفية إلا بعد ثبوت جريان عرف بلدهم بذلك لا باعتبار عرف الأقدمين، وليس العرف بفاس أمنها الله في هذا الزمان على اعتبار الوكالة العرفية، فلا يُعمَل بها ولا يحكم بمقتضاها.(هـ).

وإذا تقرر أن البيع إنما لزم من وقت ظهور الوكالة فللشريك في الدار الشفعةُ في ذلك الجزء المبيع، ما لم تمض السنة من يوم ظهورها لا من يوم عقد البيع، لأنه غير معتبر قبل ظهور الوكالة. **فقول البائع**: (لا شفعة للمدعي لأنه إنما قام يطلب الأخذ بالشفعة بعد أن مرت السنة بكثير الخ) غير معتبر، لأن السنة المعتبرة لازالت لم تنقض، فأخذُ الشريك بالشفعة واقعٌ في محله، على أن البائع المذكور حيث كان مقرا بالبيع فلا كلام له في الشفعة أصلا، وإنما الكلامُ فيها للمشتري، إذ هي من حقه، فتأملْه بإنصاف لا باعتساف، والله أعلم، قاله وقيده عبد ربه تعالى المهدي لطف الله به.

وبعده: الحمد لله؛ حيث أقر بائع الشقص المشفوع بالبيع ولاكن منَعَ الشفيع من الأخذ بالشفعة لكون السَّنة مرت بكثير الخ، مع كون الشفيع شهِد له عدلان مقبولان شرعا بأنه منذ وقع البيع بين البائع والمشتري وهو يتردد لدى الشهود، مُشْهِداً أنه أخذ الشقص المبيع، وطالبا إحضار المواجب

وتصفيتها ليُحضِر المال المشفوع به، والبائعُ يماطله في ذلك، فإنَّ شفعته لا تسقط وإن طال الأمد، لأنه مغلوب على التأخير ومقهور عليه حسبما في نوازل الشريف العلمي نقلا عن مفتي فاس وقاضيها أبي عبد الله بردلة، **ونصُّ المقصود منه**: إن كان الحال على ما وصفت من امتناع المشتري من قبض الثمن استعصاء وتمنعا من تمكين الشفيع من شفعته بعد وجوبها له فهي صحيحة، لأن منعه للشفيع -باستيلائه على ما دخل في ملكه بإحضاره للثمن-، من جملة الغصب، والغاصبُ يرُدُّ غلة ما استعمل، فإن كان المنازع للقاضي من أهل التغلب من غير حجة أبداها فلا يلتفت لقوله، وإن كان المنازع من أهل الفقه والعلم في المسألة فلا يتم الكلام في المسألة إلا بعد ص 270 الاطلاع على ما عنده وفهّم حجته التي يحتج بها، فيجب أن يُعْلمنا بها لننظُر في حاصلها حتى يمكَّن من قَبولها أو ردها. (هـ) بخ، وتقدم له نقلا عن بعضهم أن هذا من حيل أهل الَّلدَد والخصومات، وحينئذ فلا يمكَّنُون من ذلك ويمنعون منه ويعامَلون بنقيض مقصودهم. (هـ).

وفي قواعد القاضي المقري ما نصه:

من أصول المالكية، المعاملةُ بنقيض المقصود الفاسد، ثم ذكر له أمثلة، فانظره؛ **وفي المنهج لأبي الحسن الزقاق ما نصه**: وبنقيض القصْدِ عامل إن فسَدَ* ... الخ.

وأما قول البائع: (إن الشفيع استشفع عقده الكراء الخ) فإنه يقال عليه: ذلك لا يُسقط شفعته لوجهين.

أحدهما أن الشفيع هنا قد استرعى عند العدول بأنه يفعل ذلك ليتوصل إلى وكالة البائع لكونه منعه منها.

ثانيهما أن الاكتراء المسقط للشفعة هو ما كان فيه الاكتراء من المشتري حسبما في كلام الفحول.

ففي الحطاب عند قول أبي الضياء خليل: «وسقطت إن قاسم» الخ ما نصه: وإنما تُسقط هذه الأشياء الشفعة إذا فعلها الشفيع مع المشتري كما صرح به في النوادر وذكره المصنف، أُنظر أبا الحسن. (هـ) منه بلفظه.

والحاصل أن الشفيع لما أخذ بالشفعة في وقت وجوبها له وبقي يتردد في طلبها جادًا في أخذها فإن شفعته لا تسقط بحال، والعلم عند الله الكبير المتعال، وكتبه رادا العلم لمولاه العالم بالخفيات، المطلع على السرائر والنيات، عبد ربه محمد بن عمر السجلماسي لطف الله به. (هـ) من خطه رحمه الله.

وفي أجوبة الإمام سيدي عبد الله العبدوسي أنه سئل عن رجل ابتاع أرضا وتطَوَّع باسترجاعها إلى ربها ما بينه وبين ستة أعوام، ثم إن البائع أتى بثمن الأرض لأربعة أعوام فامتنع المشتري من استرجاعها إلى انقضاء الستة الأعوام، فهل له مقال أم يُجبر على قبض الثمن ويرد الأرض لربها؟، وإن كان للأرض شريك مع البائع بالثنيا فهل له شفعة على المشتري بالثنيا أم لا؟ جوابا شافيا.

فأجاب: إذا ثبت أنه أعطاه الثمن على الوجه المذكور فيُجبر المشتري على قبضه ورد أرضه عليه وإن لم تمض الستة الأعوام، وإن كان مع البائع شريك فله الشفعة في ذلك، إذ هو بيع مُسْتَأْنَفٌ، وهذا كله إذا كَانت الثنيا تطوعا بعْد العقد لاَ في أصلِه، وبالله التوفيق.

وسئل بعضهم عما وقع بين بائع ومشتر من دعوى البائع الثنيا في المبيع وتصديق المشتري له، واتهمهما الشريك على أنهما أرادا بذلك إسقاط شفعته.

ص 271

فأجاب: لا ثبوت لهذه الدعوى إلا بإشهاد يقطع بفساد البيع بينهما، ولا التفات لدعوى البائع لذلك وتصديق المشتري إياه، لاتهامهما في ذلك على قطع شفعة الشفيع، وإذا لم تُمنع شفعته مع الإقالة المحقَّقة فَمَا بالك بشيء لم يُعلم إلا من قولهما.

وأيضا فإشهادهما في أصل البيع بأنه لا ثُنيا فيه كالإشهاد بإسقاط دعوى الثنيا، **وقد وقع في نوازل المعيار في صدر جواب للسنوسي أن من أشهد بإسقاط دعوى فلا قيام له بها بعد ولو ثبتت، قائلا : نص عليه ابن سهل وغيره.**(هـ) .

وفي جواب لابن عطية الونشريسي في المعيار ما نصه :

من أراد أن يأخذ بالشفعة لغيره فليس له ذلك، والبيع بالقرب يدل على أنه لم يشفع لنفسه؛ ويشهد لهذا من استقال من سلعة فقال له المبتاع : أخاف أن تكون تريد بيعها وأُربِحْت فيها، فقال : إنما أردتها لنفسي فأقاله، فباعها للغير، قال : أرى نقض البيع. **ومثل ذلك** من سأل امرأته أن تضع عنه صداقها فقالت : أخافُ أن تطلقني، فقال : لا أفعل، فوضعتْه عنه، فطلقها، **فقال مالك** : لها أن ترجع بما وضعت، فإن طال الزمان ثم طلق فلا أرى لها شيئا.(هـ) بخ. **وقال الزناتي في شرح الرسالة** : متى ظهر أنه أخذ لغيره أو ليَرْبَحَ فيها فُسِخَ أخذُهُ.(هـ) .

وسئل القاضي أبو عبد الله المجاصي عن حد القرب الذي يقام به في ذلك.

فأجاب : إن بيْع الشفيع ما شفعه بالقرب يوجب قيام المشتري عليه وردَّه مشتراه إذا كان البيع المذكور قبل مضي ستة أشهر، قاله في المعيار، وبه أجاب الشيخ السراج، والله أعلم.

وسئل ابن هلال فأجاب :

الحمد لله ، ففي المدونة –، **في البئر لها أرض ونخلٌ لم تُقْسَم**، فباع أحدهما حصته من البئر أو العين خاصة –، **ففيه الشفعة**(*)، بخلاف بيعه

(*) كذا في الأصل : فيه، بتذكير الضمير، أي في المذكور من ذلك، ولعل المناسب : فيها، بتأنيث الضمير العائد على الحصة، أو البئر أو العين، وهي كلها كلمات مؤنثة. فليتأمل وليحقق.
قال تعالى : ﴿ **فكأين من قرية أهلكناها وهي ظالمة فهي خاوية على عروشها وبئر معطلة وقصر مشيد** ﴾ س. الحج، 45. وقال سبحانه في وصف المومنين ونعيمهم في الجنة يوم لقاء وجهه الكريم ﴿ **وجوه يومئذ ناعمة لسعيها راضية في جنة عالية لا تُسمع فيها لاغية، فيها عين جارية، فيها سرر مرفوعة وأكواب موضوعة ونمارق مصفوفة وزرابي مبثوثة** ﴾. س. الغاشية، 8 ـ 16.

لمشاع البير بعد قسم الأرض والأصل. (هـ). **فعلى هذا يشفع في العين؛ ابن رشد في البيان**: ولا خلاف أعلمه في المذهب في إيجاب الشفعة في الماء إذا بيع مع الأرض أو دونها ولم تُقْسَم الأرض، ثم ذكر الخلاف في إيجابها فيه إذا قسمت الأرض، فليقف عليه من أراده (هـ).

وسئل المحقق السجلماسي عن أناس، جَدُّهُمْ واحد، وباع واحد منهم نصيبه من الماء. فهل لإخوانه شفعة فيه أو لا؟.

فأجاب : الحمد لله، إذا كانت للبائع أرضٌ مشاعة مع إخوانه، أو غرسٌ يُسقى بالماء الذي باع البائع نصيبه منه، فلبقية إخوانه الشفعةُ فيه اتفاقا، قاله ابن رشد في البيان والمقدمات، وذكر الخلاف في إيجابها في الماء إذا بيع وحده بعد قسمة الأرض.. الخ.

وسئل ابن هلال أيضا.

ص 272

فأجاب : ففي كتاب الشفعة من المدونة أن من اشترى شِقصا بألف درهم مغصوب فإن للشفيع الشفعة مكانه؛

قال أبو الحسن: يقوم(*) منها جواز شراء ما يحصل بالمعاملة الفاسدة قبل أن يصلحا شأنهما في تلك المعاملة، لأنه جعل للشفيع الأخذ بالشفعة قبل أن يصلح الغاصب شأنه مع رب الدراهم، قال: فعلى هذا يجُوزُ شراءُ زرع مكتري الأرض بالطعام قبل أن يصلح شأنه مع ربها. (هـ)؛

أبو إسحاق ابن هلال: والذي أقول به وأراه أنه بعد الفوات يجوز ما ذكرتم من ابتياع المبيع بيعا فاسدا وقبوله هبةً أو صدقة، وقبلَه ينبني على الخلاف في البيع الفاسد؛ هل ينقُلُ الملكَ أو إنما يفيد شبهة أو لا يفيدها؟، **وفي البيوع الفاسدة من كتاب الهبة من المدونة في هذا المعنى مسائل مضطربة**. (هـ).

وأجاب أيضا بقوله : وأما المسألة السابعة فقال ابن القاسم : لم يُوَقِّت لنا مالكٌ حَدَّ الغيبة القريبة التي تنقطع فيها الشفعة إذا علم الشفيع، **قال**: فقد

(*) كذا في الأصل: يقوم منها، ولعله في معنى : يوخذ منها جواز شراء. إلخ، فليتأمل.

تكون المرأة والضعيف على البريد فلا يستطيعان النهوض ولا السفر، وذلك باجتهاد السلطان. **وقال أشهب**: إن كانت غيبته لا ضرر عليه في الشُّخُوص منها فهو كالحاضر، والله تعالى أعلم. (هـ).

وسئل العباسي عن الحاضر الذي لا يعلم بالبيع، متى تسقط شفعته؛ هل يُحسب العام من يوم البيع أو من يوم علمه؟.

فأجاب: نقل المَوَّاق عند قول المختصر: «وصُدِّقَ إن أنكر علمه»(12) **ما نصه: وأمَّا الحاضر** الذي لا يعلم بالابتياع فلا تنقطع شفعته إلا بعد عام من علمه، فإن قام بعد مدة طويلة يطلب شفعته وقال لا أعلم بالبيع فإن قوله يُقبل مع يمينه، إلا أن يثبت عليه أنه عالم بذلك. **وأما الغائب** فهو على شفعته، ولا يضره العلم بالبيع في غيبته، ونقل المواق: الغائبُ على شفعته وإن طالت غيبته وهو عالم بالشراء، وإن لم يَعلم بذلك أحْرَى، والله أعلم (هـ).

وسئل أيضا عن رحى ماء، بيعَ جزء منها مع حانوتها، هل فيها شفعة أم لا؟، وكيف إذا حكم بوجوبها فيه مُحَكَّمٌ، زاعما أنه المشهور الذي به الفتوى، معتمدا على قول صاحب التحفة:

والفُرن والحمَّام والرحى القضا * بالأخذ بالشفعة فيها قد مضى

وعلى قول المختصر: «وفيها الإطلاق وعُمِلَ به»(13)، **بين لنا المشهور من الخلاف ليُقْتَفَى ويُتَّبَعَ.**

---

(12) وذلك في باب الشفعة.
والمعنى: «وصدِّق الشفيع الحاضر إن أنكر علمه ببيع شريكه، لموافقته الأصلح.. الخ.

(13) العبارة في أول الباب نفسه.
وبيان ذلك أن من شرط العقار الذي تكون فيه الشفعة قبوله للانقسام، كما ذكره المصنف في المختصر بقوله: إن انقسم ثم بعد ذلك: «وفيها الإطلاق وعُمل به».
أي وفي المدونة أيضا الإطلاق للعقار الذي فيه الشفعة عن تقييده بقبوله للقسمة، وحُكم بالإطلاق، وبه القضاء، وأفتى به فقهاء قرطبة.. الخ، ويكون الأخذ للشفعة بمثل الثمن الذي اشتُري به العقار.. الخ.=

فأجاب : الحمد لله تعالى ،

وبعد ، ففي أجوبة الشيخ المنبهي : واختُلف في الشفعة فيما لا ينقسم كالرحى، فقيل بوجوبها فيه بناء على أن الشفعة لضرر الشركة، وقيل بعدم الشفعة فيه بناء على أنها لضَرَر القسم وهو المشهور.(هـ)، وعلى الأول قولُ الشيخ عيسى: الشفعة في بيت الرحى والساقية، وقوله أيضا: الشفعة في بيت الرحى دون الحجَر(هـ) **ونقل في النهاية عن ابن القاسم**:

ص273

الشفعة في بيت الرحى وأرضها التي يجري فيها ماؤها، ولا شفعة في الرحى، لأنها حجر مُلقى. **وعن ابن أبي زمنين وأبي عُمر: ولا شفعة في الأرحية التي تجري في وسط النهر، أنظر تمامه.**

والحاصل أن ما لا ينقسم كالحمام والرحى والبير والعين والشجرة ونحو ذلك فيه قولان، وهما للإمام مالك، وبعدم الشفعة قال ابن القاسم ومطرف. **قال في الوجيز**: وهو المشهور، وبه القضاء عند صاحب الاستغناء، وفي النهاية: وعلى هذا القول العمل وبه القضاء، أنظر تمامه، وبهذا صدَّر في المختصر بقوله: «إن انقسم». **قال الزرقاني** – تبعا للأجهوري–: وهو المذهب. **وأما قوله في مقابله**: «وعُمِلَ به» فقال اللقاني: بناه للمجهول مبالغة في ضعفه، **وفي الياقوتة** : ولا نراها .·. في الأصل إن لم يقبل القسمة لا .·. وذا هو المشهور... الخ.

قال ابن منظور: المعمول به الآن عدم الأخذ بالشفعة فيما لا ينقسم.

وأما قول ابن عاصم : «والفرن والحمام والرحى .·. البيت»، فمتعقَّبٌ، لأنه لم يقع القضاء بذلك إلا في الحمام فقط، وذلك أن القاضي منذر شاور

= وقد أشار صاحب التحفة لهذا الشرط في بيع الثمار، فقال في فصل الشفعة :

والفرنُ والحمّام والرحى القضا .·. بالأخذ بالشفعة فيه قد مضى.

وفي الثمار شفعة إن تنقسم .·. وذا إن المشهورُ في ذاك التُزم.

وانظر شرحي الشيخين : التاودي والتسولي وغيرهما من شروح المختصر والمؤلفات الفقهية.

الفقهاء بقرطبة فيه، فأفتوه بقول ابن القاسم، فحكم أن لا شفعة فيه، إذ كان ذلك مذهبهم، وبه القضاء عندهم، فرفع الشفيع أمْرَهُ إلى السلطان وقال: حكم عليَّ بغير قول مالك، فوقَّع بخطه إلى القاضي أن يحمله على قول مالك، فشاور الفقهاء فقالوا له: مالكٌ يرى الشفعة في الحمَّام فقضى بذلك، واستُشْكل نقض حكمه مع أنه حكم بما به العمل والقضاء من أحد قولي مالك وابن القاسم، أنظر ابن ناجي... الخ.

قلت، (أي قال المؤلف): **ما قاله العباسي - من أن كلام ابن عاصم متعقَّبٌ... إلخ -، تبع فيه ولدَ الناظم في اعتراضه على أبيه بأن القضاء لم يقع إلا في الحمَّام بخصوصه لا في كل ما لا ينقسم، لاكن قال الشيخ الرهوني: تعقُّبُهُ ساقط، وما قاله والده هو الصواب، لقول صاحب المقصود المحمود ما نصه: وعند مالك واجبة في كل مشترك من الأصول، انقسم أو لم ينقسم، كجواز القسمة عنده في القليل والكثير ولو حصل له مالا ينتفع به انتفاعا عاما،**

وخالفه ابن القاسم وقال: **إن كل ما لا ينقسم إلا بضرر، لا شفعة فيه، استدلالا بالحديث**: «**لا ضَرَرَ ولا ضِرار**»، **ولقوله**: «الشفعة بين الشركاء فيما لا ينقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة». فاقتضى ظاهرُ الحديث أنْ لا شفعة إلا فيما تقع فيه الحدود، فلا شفعة عنده في حمام ولا فُرن ولا أندَر ولا رحى، وجرى به العمل في قرطبة إلى مدة المنتصر بالله، فأمر بالأخذ بقول مالك، فجرى الحكم به وتُرِك الأخذ بقول ابن القاسم.(هـ).

ص274

ثم نقل نحو ذلك عن ابن سلمون وابن رشد وابن عرفة والمتيطي ثم قال: فهذه نصوص صريحة شاهدة لابن عاصم، وبه تعلم ما وقع لولده رحمه الله، قف عليه.

وسئل سيدي أحمد بن الحاج من طرابلس عن تفسير ما ينقسم هنا، هل المراد به ما يقبل القسمة نصفين وإن لم يمكن قسمه على أقل انصباء الشركاء في المشاع، أو المراد به ما يقبل القسمة على أقل انصباء الشركاء فيه؟.

فأجاب : **المراد به الثاني.(هـ) بالمعنى.**

وسئلت عمن له ثُمُنٌ ونصفُهُ في دار الدباغ والباقي للمخزن نفَّذ كراءه أي غلّته لرجل يقبضه ليستعين به وهي لا تقبل القسمة، فهل إذا أكرى هذا الرجلُ المنفَّذُ له ما نفَّذه له المخزن تثبت فيه الشفعة للشريك المذكور الذي يملك الثُّمُن ونصفه أو لا؟.

فأجبت : **الحمد لله**، إن أكرى أحدُ الشريكين واجبه من دار الدباغ وجبت الشفعة لشريكه الآخر، فإن أكرى المخزن واجبه أو أكراه الرجلُ المنفَّذُ له وجبت للشريك، والعكس بالعكس، لأن الذي به العمل هو ثبوت الشفعة فيما لا ينقسم كما في المختصر والتحفة وغيرهما.

قال في نوازل البيوع والمعاوضات من المعيار عن العقباني ما نصه:

مسألة ما لا يقبل القسمة، فيها اضطراب؛ ومذهب المدونة ثبوت الشفعة؛ والعمل به أكثر، وإن كان من الموثقين من أشار إلى أنَّ عمل أهل قرطبة على القول الآخر، لاكن الناس اليوم على ما ذكرت أوَّلا.(هـ).

وقال الشيخ بناني في حواشيه، قلت : وبالشفعة جرى العمل عندنا بفاس، لاكن بالشرط الثاني فقط، وهو أن يسكن بنفسه الخ.

فإذا تقرر هذا ظهر أن لصاحب الثمن ونصفه الشفعة في دار الدباغ إن أكرى غيره حصته، وأنه لا وجه لمنعه منها شرعا، لأن الشفعة واجبة لكل شريك، لا فرق بين المخزن وغيره، إذ الكل راض بحكم الشرع غير مخالف له.

وقولكم: (فهل إن طلب الشفعة الشريكُ في حظ المخزن المنفَذ بالكراء يستحقها شرعا ولو لم يأمر الملك المنفذ بها الخ)؟، **نعم، يستحقها شرعا ولو لم يأمر بذلك؛ ولا مانع منه**. ولا يُتَصَوَّر منعهُ من إجراء الأحكام الشرعية على مقتضاها، مع أنه نصَّبَ القضاة لتنفيذها وتأديب من امتنع

منها حتى يذعن إليها؛ وحاشاه أن يأمر بخلاف ما توجبه الشريعة، مع أنه حامل رايتها، والقيِّمُ عليها.

وقولكم (أو لابد من أمره الخ) لا يُحتاج إلى أمره، لأن القاضي نائب عنه؛ فهو كهو، ولو احتاج إلى أمره، في هذه النازلة لكان كل حكم جرى بين يديه يحتاج فيه إلى أمره، وهو باطل بالضرورة، والله أعلم، قاله وكتبه المهدي لطف الله به.

ص 275 **وسئل العباسي أيضا عن عمَّر ملكا أزيد من عشرين سنة، ثم قام عليه** قائم فتخاصما مرارا، ثم تكلما على الصلح في المتنازَع فيه، ثم ادعى القائم بالشفعة بعد ذلك، هل له ذلك أم لا؟.

فأجاب : فالشفعة تسقط بالتصريح بتركها وبما يدل عليه كالمساومة، ومنه طلبُ الشفيع من المشتري الصلح على حظ في الثمن أو على الزيادة فيه؛ وأما على أخذ بعض الحظ من المبيع فأفتى القاضي أبو عمران الزرهوني وبعضُ الفقهاء معه بوجوب الشفعة، القائلين: إذا لم يتم الصلح بينهما على أخذ البعض فله الرجوع إلى ما وجب له من الشفعة إن ثبتت، إذ ليس في ذلك ما يدل على تسليمه ولا على تركها والإعراض عنها.

وأفتى الفقيهان : أبو الحسن وأبو إسحاق بسقوط الشفعة، واحتجًا بأن الصلح أشد من المساومة القاطعة للشفعة، أنظر تمام ذلك في الدر النثير، والله أعلم.

وسئل أيضا فأجاب : وقعت نازلة بفاس وهي طلب الشفعاء الشفعة، واجتمَعُوا مع المشتري على عقد الصلح في المشترى أنصافا ويتراجعُون الثمن حتى يتساووا، وانفصَلُوا على مشورة امرأة غائبة من الطالبين للشفعة، ثم بدا لهم في الصلح ورجعوا لطلب الشفعة، **فأفتى أبو الحسن وأبو إسحاق بسقوط الشفعة،** واحتجًا بأن الصلح أشد من المساومة القاطعة للشفعة؛ **قال ابن هلال** :

واحتجاجُهمَا إنما يتم لو كان على حظ في الثمن أو على زيادة فيه .(هـ)، فأفاد أنه إذا كان على ثمن تسقط الشفعة بلا نزاع، والله أعلم.

وسئل أيضا عمَّن اشترى من آخر ملكا مُشاعا بينه وبين أشراكه، فأحدث عملا فيما قبضه من الملك المذكور وهو قدر حصة البائع مثلا، والملك باق واسعا، ثم قام عليه بعض الأشراك بالشفعة، هل له على الشفيع ما ثبت من قيمة العمل أو لا؟.

فأجاب : **وبعد**، فإذا كانت أملاك مشتركةٌ بين قوم فباع أحدُهم منها فدانا بعينه، فلم يختلف هنا قولُ ابن القاسم أنه باع حقه وحق غيره، فيأخذ الشريك نصيبه بالاستحقاق ونصيب شريكه بالشفعة، وإن باع جميع حصته فلم يختلف هنا قول ابن القاسم ولا غيره في أنه باع حقه فقط، ولشريكه الشفعة فقط، وإن باع جزءاً معينا يكون مثل نصف حصته أو ربعها فاختلف في ذلك قول ابن القاسم، فروى عنه يحيى أنه بمنزلة من باع حقه وحق غيره كمن باع موضعا معيَّنا، وروى عنه سحنون أنه بمنزلة من باع حقه فقط.

ص 276 فإذا فهمت ذلك فاعلم أن الجزء المستحَقَّ يأخذه المستحِق ويؤدي قيمة العمل منقوضا إن علم به المشتري اتفاقا، وأما ما أخذ بالشفعة فاختُلف هل له فيه القيمة منقوضا ؟، **قاله ابن زرب**، وعليه العمل، وبه الفتوى، أو قائما؟، قاله في مختصر الوقار، والقولان قائمان من المدونة، والله أعلم(هـ).

وسئل العلامة سيدي عبد الرحمن مفرج عن رجل استُحِقَّ من يده ملك بعد أن زينه بالغراسة، وأراد المستحِق للشقص أن يشفع باقي الملك، فما الحكم في زينة المزيِّن؟.

فأجاب : وما زينه المشتري يعطيه الشفيعُ قيمته، والله أعلم.(هـ).

وسئل العباسي أيضا.

فأجاب: إذا باع أحد الشركاء حظه من عقار مشترك بينهم وسكت الشفيع أمدا مسقطا للشفعة ثم باع المشتري المذكور ذلك الحظ لغيره فللشفيع الشفعةُ في البيع الثاني الحادث وإن سقطت في الأول، لأنه يقول: رضيت بالشركة مع الأول دون الثاني، ولهذا قيد الشراح قوله: «وأخذ بأي بيع شاء»(14) بما إذا لم يسكت أمدا يدل على الإسقاط في الأول، وإلا سقطت فيه وشفع في الثاني، وهذا الحكم جار أيضا إذا صرح بإسقاطها عن الأول فله الشفعة في الثاني، وهكذا في الثالث والرابع فصاعدا.

ويدل عليه أيضا قوله: «إلا أن يُسَلِّم قبلها»، أي سَلَّم الشفيعُ الشفعة للمشتري قبل الإقالة ثم تقايل هو والبائع فللشفيع الشفعة على البائع، وعهدته عليه؛ **ابن المواز**: ويصير بيعا حادثا؛ **عياض**: ولا خلاف فيه، والله أعلم.

وسئل أيضا فأجاب: **قال الشيخ أبو الحسن الصغير**: من اشترى نصيبا من وارث يعلم أن له فيه شركاء غُيَّابا، فوضع يده على الجميع وبنى وغرس، ثم قدم الغائب وأراد الاستحقاق والأخذ بالشفعة، فالجزء المستحَقُّ يأخذه منه ويؤدي قيمته منقوضا بلا إشكال، فإن أراد الشفعة دفع ما شهدت به البينة أنه دفعه المشتري للبائع، واختُلف هل عليه القيمة منقوضا، قاله ابن زرب، وعليه العمل، أو قائما؟ قاله في مختصر الوقار، والقولان قائمان من المدونة، أنظر تمامه في الدر النثير، والقول بأن المشتري ليس له إلا قيمة عمله منقوضًا إذا علم أن له شفيعا هو الراجح كما يفيده اقتصار جميع شراح المختصر عليه، والله أعلم.

(14) وذلك في باب الشفعة من المختصر الخليلي، وقد سبقت الإشارة إلى هذه العبارة في الهامش 6 من نوازل الاستحقاق.

وسئل أيضا عن صبي وجبت له الشفعة، فاعترضه المشتري بأنه يوم البيع كان مفلسا، وزعم الشفيع **أن له عروضا وحبوبا وحيوانا ونخلا**، هل له الشفعة مع وجود ما ذكر أو لابد من ثبوت وجود الدراهم؟.

ص 277 **فأجاب**: إن كان للمحجور ما بيعُهُ سَدَادٌ ونظرٌ ليشفع له به يوم البيع فالشفعة واجبة له، وإن لم يكن له ذلك يومئذ فلا شفعة على ما قاله الإمام اللخمي ونقله سيدي عيسى في أجوبته مقتصرا عليه. (هـ).

وسئل الإمام سيدي عبد القادر الفاسي عمن اشترى دارا، فقام عليه قائم واستحق جزءا منها وحازه، **وأراد أن يشفع الباقي من يد المشتري**، والفرضُ أن هذا المستحق حين شراء المشتري لم يكن عنده مال، فهل يقال: إن اعتبرنا وقت الشراء لا شفعة، لعدم المال، وإن اعتبرنا زمن الاستحقاق كان شراء المشتري مقدّما عليه ؟.

فأجاب : إن المال المعتبر في الشفعة للغائب والمولّى عليه أن يكون حاضرا يوم البيع لا يوم القيام، فالمسؤول عنه في الشفعة المذكورة إن لم يكن له مال يوم البيع لم تكن له شفعة. (هـ) . ويتردّد في الاستحقاق هل المعتبر في حال المستحِق زمن البيع أو زمن القيام؟، وهي مسألة يُنظر فيها إلى المترقَّبات إذا وقعت، هل يقدَّرُ حصولها يوم وجودها وكأنها قبل كالمعدوم، أو يقدَّرُ حصولها من حين حصلت أسبابها؟، **وقد رتَّب الشيخ الونشريسي على القاعدة فروعا، منها** : لو خاصَمَ مستحِق الأرض في الإبان وحُكِمَ له بعد ذهابه في كون الكراء للأول أو للمستحق؛ **قال المازري**: قد يقال: إن مدافعة المستحِق إن كانت بتأويل ووجهِ شُبهة فإنه يَحْسُنُ القضاء بإسقاط حقه في الكراء، وإن كانت المخاصمة له بباطل واضح فإن الكراء له. (هـ).

وأيًّا ما كان فعلى التقديرين، فالمستحِق هنا لا شفعة له، إمّا لعدم حضور ماله أو لتأخره عن عقد الشراء، والله أعلم. (هـ).

قلت : وإلى هذا المعنى أشار الشيخ ميارة في نظمه تكميل المنهج بقوله :

وشرطُ من يشفع بعد العام * كغائب ومُهمَلِ الأيتام

كونُه ذا مال بيوم البيعْ أو * مِلْكُه في عام ذا البيع رووْا .

ووقع السؤال عمن أسقطت عنه والدته الشفعة زاعمة أنها مقدَّمة عليه ، فقام بعد نحو ثلاث سنين، وادعى أنه لم يكن محجورا لأمه ولا لها عليه تقديم، بل كان مهملا ، وطلب الشفعة الواجبة له من المشتري، فأثبت المشتري أنه كان محجورا لأمه، وأنه لم يكن له مال حين البيع بعدلين واللفيف.

ص 278 **والجواب : الحمد لله،** حيث ثبت بموجب اللفيف وشهادة العدول أن المحجور المذكور لم يكن له حينئذ مالٌ، فمذهب المحققين أن المهمَل إذا لم يكن له مال يوم وجوب الشفعة له ولا اكتسَبه داخلَ السنة من يوم وجوبها لها، ومضَت عليه مُدَّتُهَا فإن شفعته تسقط بمرور المدة، ولا يُعتبر المال الذي اكتسبه بعد مرورها، ونظمه الشيخ ميارة، ومثله في نوازل الفاسي، والله أعلم، وكتبه علي بن الحسن.(هـ) .

وسئلت عمن ادعى عليه رجلان أنهما أكريا حصة من دار في شركته، فإما أن يشفع الكراء أو يُسلمه .

فأجابهما بأنه لا علم عنده بشركتهما معه في الدار، وذلك في شعبان، فاستظهر المدعيان بشراء جزء من الدار في شركته قديم، **فأجابهما** بأنهما كانا مكناه من شفعة ما اشترياه، وبقي الأمر متوقفا على إحضار الرسوم في ذي القعدة السابق على شعبان الموالي له. .الخ .

فأفتى بعض أهل العصر بأن هذا المدعى عليه كذَّب قوله: (لا علم عنده بشركتهما) حيث قال ثانيا : إنهما كانا مكَّناه من الشفعة، لأن ذلك يتضمن علمه بشركتهما .

وأيضا، هذا المدعى عليه قد كان باع حظه في هذه الدار بيعا فاسدا ورُدَّ عليه، والبيعُ الفاسد مسقط لشفعته الخ .

فأجبت : الحمد لله، ليْس في قول المدعى عليه (لا علم عنده بشركة المدعيين في شوال) تكذيبٌ لقوله : (كانا أي المدعيان مَكَّناه من شفعة ما اشترياه في ذي القعدة قبله وبقي الأمر متوقفا على إحضار الرسوم الخ) لأنهما لما مكَّناه من الشفعة لم تبق لهما شركة في الدار، فصَدَقَ أنه الآن لا علم عنده بالشركة، لأن شركتهما التي كانت فيما مضى انقطعت بتمكينهما إياه من شفعة ما اشترياه .

فالحاصل أنه لا تناقُضَ بين نفي العلم بشركتهما الآن وبين الإقرار بأنهما كانا مكناه من الشفعة فيما مضى، لأن هذا الإقرار إنما يتضمن العلم بالشركة التي كانت قبل التمكين، والمنفيُّ هو العلم بها بعد التمكين، فلا تناقُض في ذلك ولا تكذيب، لأن الشركة في الدار إنما كانت لهما قبل التمكين، وأما بعده فلا شركة، فالنفي في محله، على أن التكذيب الضمني إنما يضر العالم لا الجاهل على المعمول به، كما قاله الشيخ التاودي والرهوني والشدادي وتبعناهم في حاشيتَيْ اللامية والتحفة، والكلامُ عندهم مفروض فيمن أنكر شيئا ثم أقر به، أو قامتْ به بينةٌ، أي شيء، كان لا خصوص الدين، ثم أتى بالبراءة منه .

وأيضا فعلى تسليم أنه علم بالشراء في ذي القعدة لا تبطل شفعته الآن حتى تكمل السنة من وقت العلم .

وأما بيع الحصة التي يشفع بها بيعا فاسدا ورُدَّتْ للبائع فالذي رجحه الشيخ الرهوني بطلانُ شفعة البائع كالبيع الصحيح، وعليه فلا شفعة هنا للمدعى عليه، والله أعلم، قاله وكتبه عبد ربه تعالى المهدي لطف الله به .

وسئل العباسي فأجاب : ص 279

الحمد لله؛ إذا باع رجل حظه بالبيع الصحيح، ثم باع شريكُه بالثنيا، فلا شفعة للبائع بالثنيا، إذ بيعه دليل على إسقاطها، ذكره الأجهوري، والله أعلم(هـ) .

وأجاب أيضا : ومن له مشترَكٌ مع أخواته وباع حظه بيعا فاسدا، ثم باع أخواته حظوظهن بيعا صحيحا، وافتَكَّ الملك المبيع فاسدا، فله استشفاع حظوظ أخواته، لأن للشريك الأخذَ ممن تجدد مِلكه، والملك في الفاسد للبائع كما عُلم، والله أعلم(هـ).

وسئلت عن رجل اشترى جزءا في دار وأسقطت له الشفعة فيه امرأةٌ شريكة فيها هي وأختُها بموافقة زوجيهما معا، وسكنها معهم نحو أربعة أعوام، ثم قامت امرأة منهما تطلب الشفعة من يد الرجل زاعمة أنها لم تعلم بالبيع إلا الآن، وظنت أن الرجل إنما كان يسكن بالكراء لا بالشراء، فوجَّه القاضي عدلين ينظُرَانها، فألفيا بعض الأوصاف مخالفة لأوصاف المرأة المسقِطة أولا للشفعة الخ.

فأجبت : الحمد لله، من المعلوم المقرر الذي هو كشمس الظهيرة أو أشهر أن الشفعة تبطل بإسقاط من وجبت له، وبمضي عام من العلم بوجوبها، فإذا اجتمع الأمران فكيف، – كما هنا – يبقى طمع فيها ؟، قال في التحفة :

والتركُ للْقيام فوقَ عام * يُسقِط حقه مع المُقام

وأما ادعاءُ المرأة أنها لم تعلم بالبيع بعد أن شهد عليها العدل مع أختها وموافقة زوجيهما معا بإسقاطها ومُضِيّ السنين الطويلة، والمشتري ساكن بالدار المتنازع فيها، وتبديلُ القسمة المرة بعد المرة بشهادة العدول، فلا ينبغي أن يُلتفت إليه، **ولا بأس بسؤال الأخرى، هل** أسقطت الشفعة أيضا بموافقة زوجها أم لا؟، وقد نص العلماء على أن الشفيع بعد مضي العام إذا قامت قرينة على أنه عالم بالبيع فإن شفعته تبطل ولا يُصَدَّق في عدم علمه، فأحرى إذا انضم إلى ذلك أمور أُخرُ كما هنا.

ففي نوازل العلامة الحائك أنه سئل عن امرأة قامت تطلب الشفعة بعد سنين مدعية أنها لا علم عندها بالبيع، فأفتى غيره بأنها على شفعتها إذا حلفت.

فأجاب : إنه صحيحٌ مذكور في نهاية المتيطي عن فضل عن غير واحد من الموثقين.

ص 280 **قال المتيطي** : وهو ظاهر المذهب. **وقال غيره : هو قول ابن القاسم الذي به الفتوى، وهو المشهور، وعليه درج في المختصر.**

ثم ذكر المتيطي ما ملخصه أنه إذا قامت قرينة على علمه أنه يُعمَل على ذلك، كرُؤية المبتاع يحرث الأرض ويُصلح شيئا من الدار، أشار له ابن عات في طرره قائلا : وكذلك المرأة إن كانت ممن تخرج وتبيَّن كذبها، ومِثْلُهَا لا يخفى عليها(هـ) .

ونحوه في الدُّرّ النثير عن ابن بطال عن ابن مُزَيِّن عن عيسى، **وفي المفيد عن كتاب ابن مزين** أن تصديق الشفيع في نفي علمه بالبيع مقيد بما إذا لم يجئ بما لا يُشك معه في كذبه، وقولُ ابن القاسم لا يُخالف هذا كما في شرح نظم العمل المطلَق .(هـ) .

هذا وأما قول من قال : (حيث توجه شهيداه إلى المرأة المشهود عليها فأنكرت الشهادة وَوُجدتْ الأوصاف التي بها غيرَ مطابقة لأوصاف المرأة تعيَّن حينئذ إلغاء تلك الشهادة الخ) **فغير سديد.**

أما أولا فإنه لا مخالفة في الأوصاف إلا ما قل، بحيث لا تتحق المخالفة بذلك.

وأما ثانيا فإن الشهادة الثانية حيث لم تكن بالمعرفة وإنما كانت بالتعريف فقط كالأولى فلا تُناقضُها، إذ يحتمل أن هذه المرأة الثانية ليست هي زوجة الرجل المذكور بل غيرُها، أحضرها للشهود ليتوصل إلى مراده، بدليل أن المرأة الأولى التي أحضرها للشهود ووافق على أنها زوجته وشُهِد عليه بذلك قد أنكَرها، فلو قُبِل منه هذا الإنكارُ لجاز أن يدَّعي بعد هذا

الوقت بمثل هذه الدعوى ويُحْضِر امرأة أخرى ليتوصل بها إلى مراده، وهكذا مرة رابعة وخامسة. **فالحق أن دعواه باطلة، وحجته داحضة**، وطمَعُهُ في الشفعة الآن من الأمور الأشعبية، فيخسى الذي للغي يبغي توَصُّلاً، والله أعلم، قاله وكتبه المهدي الوزاني لطف الله به.

وسئلت عما يبدو من الجواب، ونصُّه :

الحمد لله، حيث حضرت المرأة لدى الشهود وسلَّمت لأخيها في الغرس الذي دفعه لفلان وخرجَتْ هي، وبقي مشتركا بين أخيها والعامل المذكور فقط، والآن اشترى ولدُها من أخيها واجبهُ في الغرس المذكور فلا إشكال في ثبوت الشفعة للعامل المذكور، لأنه شريك في الغرس، والشفعةُ واجبةٌ للشريك اتفاقا، فلا وجه للنزاع فيها.

قال في الزقاقية : فيخسى الذي للغَيِ يبغي توصُّلا.

وبه يظهر أن الحكم المذكور صحيح، في غنى عن مزيد التصحيح، وأن النزاع فيه مكابرة وعناد، وطغيان في الأرض وفساد. **قال ابن عرفة**: الشفعةُ استحقاقُ شريك أخذ مبيع شريكه بثمنه الخ، **وقال في المختصر**: «الشفعة أخذ شريك» أي استحقاقُهُ الأخذ، **قال الحطاب**:

تلخيص تعريف المصنف: «هي أخذ شريك ممن تجدد ملِكه اللازم اختيارا بمعاوضة عقارا بمثل الثمن أو قيمة الشِقص.»(هـ)، **ونصوص الأئمة بهذا كثيرة، وكلها دالة على أن الشريك يشفع بلا نزاع**، والله أعلم، قاله وكتبه المهدي لطف الله به.

ص 281 **وسئل القاضي سيدي ابراهيم الجلالي عمن اشترى أرضا في زمن المسغبة بستين أوقية، ودفع للبائع فيها وسْقا من الزرع بتلك القيمة لأنه كان يساويها في الوقت المذكور**، والأرضُ لا غبن في قيمتها بل تساوي زمن الرخاء أكثر ما

ساوته في زمن المسغبة، وقد كان مع البائع شريك في تلك الأرض وقام بالشفعة على المشتري وقال له: ندفع لك وسقا من الزرع كما اشتريتها به، وأبى المشتري من ذلك لأنه كان يساوي في زمن البيع ما ذكر، والآن لا يساوي ذلك ولا ما يقرب منه، فهل تكون الشفعة بالمعقود عليه وهو ستون أوقية أو بالمنقود وهو وسْقٌ من الزرع؟.

ص 281

فأجاب : إنما يشفع بما وقع عليه العقد لا بما وقع به النقد، وهو نص الشيخ وغيره في قوله: «بمثل الثمن»(*)، **وبه أفتى ابن مرزوق – في مسألة وقع فيها البيع بمائة دينار ودفع عنها زيتا –.**

فأجاب بأن الشفعة بمثل الثمن لا بالزيت، ثم قال بعد كلام طويل: وإنما يأخذ بالمائة كما قال ابن محرز والمازري في كتاب الصرف وهو في المبسوط، ومثله في كتاب الاستحقاق من المدونة فيمن باع بالعين وأخَذ العرض فاستُحق، أنه يرجع بالعين لا بالعرض، لأنه بيع ثان(هـ).

ثم إن السائل كتب بمحوَّل هذا الجواب سؤالا آخر عن هذه المسألة لبعض الفقهاء وهو ابنُ عرضون الصغيرُ.

فأجاب : ما أجاب به الفقيه بمحوَّله من أنه لا يدفع إلا المعقودَ عليه لا المنقود هو الصواب، ما لم يتبين أن أصل المعاملة بينهما كان على أن يدفع له في الثمن المقدَّم عرْضا أو طعاما بأكثر من قيمته يوم النقد، فإن كان كذلك فيرجع إلى قيمته يوم النقد، وليس على الشفيع أن يدفع إلا قيمته يوم النقد؛ وقد اعتمدَ الشرطَ المذكور الإمامُ ابن يشتغير في أحكامه، والله أعلم، وبه التوفيق(هـ).

---

*) وذلك في أول باب الشفعة من مختصر خليل.
أي يكون الأخذ بالشفعة بمثل الثمن الذي اشترى به الشقص، ولو كان الثمن المثلي دَينا على بائع الشقص لمشتريه فدفع له العقار عوضا عن الدين، فيأخذ الشفيع بمثله إن وجد، وإلا فبقيمته...الخ.

وسئل الجلالي أيضا عمَّن باع أملاكه من ثلاثة نفر ودفعوا له الثمن، وله ثلاث أخوات شريكات معه في ذلك الملك، وكان البيع بمحضر أزواجهن، فبقي الأمر نحو خمسة عشر يوما، وقام أزواجهن يطلبون الشفعة وأثبتوا شركةَ أزواجهم مع أخيهم البائع، فحكمتُ لهم بالشفعة، وأجَّلْتُهُم لإحضار الثمن ثلاثة أيام فانقضت ولم يُحضروا ثمنا، فترافعوا إلينا مرة أخرى فأجَّلْتهم ثلاثة أيام أخرى وأشهدوا أنهم إن لم يُحضروه فقد سقطت شفعتهم، فانقضت ولم يُحضروه، فحكمت عليهم بسقوط شفعتهم، فادعوا الآن أنهم قاموا بغير إذن أزواجهم ولم يوكلنهم على ذلك، وقرائنُ الأحوال تقضي بكذبهم وكذبهن، إذ قد رآهم الجم الغفير خلال الأجلين يبيعون بعض حوائج نسائهم بقصد ذلك في أسواق قبيلتهم، وهم أيضا غير عاجزين عن أداء الثمن، فأردنا مشورتكم في هذه النازلة.

ص 282 **فأجاب** : أما ما ذكرتم من توقف الحكم على مشورتنا فلاشك أن قرائن الأحوال تدل على علم النساء المستحِقات للشفعة كما إليه أشرتم، ولاكن يا أخي قد علمتم أن المسألة ليست من ذلك القبيل، فكان من حقكم أن لا تضربوا أجلا، بل ولا تُسمع دعوى ممن ليس له حق وهم أزواج النساء حتى يأتوا بتوكيل شرعي من أزواجهم، إذ من الجائز أن لو كُلِّفوا بتوكيل ما وجدوه، ولعل الموكَّل عليه أن يقر بما يُسقط دعواه مثلا، **فسماعُكم لدعوى** غير صاحب الحق، وتأجيلُكُم له **في غير محله**.

وقولكم: (إن قرائن الأحوال تدل على علم الزوجات بفعل أزواجهن دلالة واضحة) **لاشك أنه كذلك**، ولاكن ليست الباب مما يُحكم فيها بذلك، وقد علمتم أن المشتري إذا اشترى والشفيعُ حاضر بالبلد، وبقي المشتري يستغل مشتراه السنين الطويلة، فقام الشفيع بشفعته مدعيًا عدم علمه بالاشتراء: إن القول قولُه مع يمينه على المعمول به، فكيف والشفيع هنا امرأة؟، فالقول قولهن مع أيمانهن على نفي العلم بجميع فعل أزواجهن من

تأجيل وغيره ومن بيع حوائجهن في ذلك، وإن كان يكَادُ أن يُقطع بعلمهن في ذلك، وهذا ما يتقلد محبكم في النازلة، ونظرُكُمْ أوسع، والسلام(هـ). وإنما لم يعتبر علمهن هنا بدلالة القرائن، لكون العام لم يمض، ولا تسقط شفعتهم إلا بعد مضي عام من علمهن.

وسئل أيضا عمن اشترى حظا في أملاك ولم يقبضه والشفيعُ عالم بذلك ولاكن ينتظر قبضه للمشتري، فحين يقبضه يقوم عليه بالشفعة، فمات قبل ذلك، فقام ولدُه يطلب ما وجب لأبيه من الشفعة، فهل له ذلك أو لا ؟.

فأجاب : علْمُ الشفيع بالاشتراء، وسكُوتُه بعد علمه مسقط لشفعته إذا سكت مدة تنقطع بها الشفعة، ولا تنفعه دعواه أن سكوته إنما كان لأجل عدم قبض المشتري مشتراه، والله أعلم(هـ).

وسئل أيضا عمن قام بالشفعة على آخر فقال المشفوع من يده: لا أقبض منك إلا الريال، وقال الشفيع: بل ندفع لك ما تيسر من الذهب أو الفضة، ريالا كانت أو غيرها، والحال أن وقت شراء المشتري كان الناسُ يتعاملون بما وُجِد من النقديْن على أي ضرب كانت، لا يَشترط أحد على أحد شيئا من ذلك، فلمن يكون القول منهما؟.

ص 283

فأجاب : إن القول قولُ المشتري يحلف على نوع ما دفع ويأخذه، والسلام.(هـ).

وسئل أيضا عمن قام بالشفعة على مشتر وعين له ثمن الشفعة، فأبى المقُومُ عليه من قبضه وبقي يستغلُّ مشتراه مدة طويلة إلى الآن حُكم عليه بالشفعة، وانقادَ لذلك وأخذَهُ الشفيع من يده، ثم قام الشفيع على المشتري في غلة الأرض مدة امتناعه من قبض الثمن، وزعم المشفوع من يده أنْ لا غلة تلزمه في المدة المذكورة.

فأجاب أن الشقص المبيع يملكه شفيعُه بدفع الثمن للمشتري، سواء قبضه منه المشتري أو امتنع، وعليه فتلزمه الغلة من يوم ذلك، **قال في**

المختصر: «وملك بدفع ثمن»[14م]. قال التتائي عليه: رضي بأخذه أم لا، فقف عليه، والسلام(هـ).

وسئل الإمام السراج عمن استَحَقَّ شفعة من يد آخر في مِلك، فكان الشفيع يأتي بالثمن إلى المشتري، فيمتنع من قبضه ويكثر اللّدد حتى مرَّت عليهما خمسة عشر شهرا، فزعم الشفيع أنه باق على شفعته، وزعم المشفوع منه أنها سقطت لمرور السنة.

فأجاب بأنه باق على شفعته، ولا تنقطع بمرور المدة المذكورة، لكونه كان يأتيه ليمكنه من الشفعة فيأبى.. الخ.

وسئل أيضا عن رجل معه محاجير باع ملكا من الأملاك المشتركة بينه وبينهم لرجل، والآن لما بلغوا أقاموا عليه بالشفعة، فادّعى أنه اشتراه بعشرة مثاقيل، وأنه دفعها للبائع؛ واستظهر برسم شرائه؛ وفيه ما ذكَرُوا؛ وادعوا أن الملك لا يساوي ذلك، وإنما ذلك حيلة لإسقاط شفعتهم، وطلبوه باليمين أنه دفع ذلك الثمن بكماله، **فقال**: لا أحلف، والبينة بيدي، وقد كنت سمعت منكم ومن العلاَّمة سيدي العربي الفاسي، وكذا شيخنا سيدي محمد بن الحسين المنصوري، أنه لا يُحكم بالشفعة للشفيع إلا بعد يمين المشتري على عدَّة الثمن وجنسه من الريال والذهب، سواء كان ذلك معاينة أو باعتراف أو غير ذلك، للتهمة الحاصلة في هذا الزمان.

فأجاب: المشتري المذكور لابد من حلفه على قدر مدفوعه، ولا عبرةَ بما يكتبه شهود الوقت من الدفع معاينة أو اعترافا، للوجوه التي ذكرتم

[14م] وذلك في أثناء باب الشفعة، والمعنى: ومَلَكَ الشفيعُ الشقص المشفوع بسبب حُكم من حاكم له به، أو دفْع ثمن للمشتري وإن لم يرض به، أو إشهاد بالأخذ للشقص، واستُعجل الشفيعُ في الأخذ بالشفعة أو تركه إن قصد ارتياء، أي تاجيلا ليتروّى ويستشير، أو قصَد نظر الشقص المشترَى، فلا يجاب لذلك، ويوصف له ويؤمر بأخذه أو تركه حالا بلا تاخير، إلا أن يكون بينه وبين الشقص كساعة فلكية فيؤخّر لنظره عند الإمام رضي الله عنه.
وفي الموازية .·. لا يؤخر ولو ساعة.. إلخ ما في الشروح هنا في الموضوع.

وغيرها، وبهذا مضى الحكم، إلا إن كان المشتري من أهل الفضل والدين ممن لا تلحقه تهمة الحيلة مع عدالة شهوده فلا تلزمه يمين؛ والسلام(هـ) .

ص 284 **وسئل أيضا عن رجل باع شيئا من أملاكه لرجل بثلاثين أوقية، وأشهد بأنه قبض منه ثمانين أوقية، فعَلا ذلك فرارا من شفعة يتيم هو شريك للبائع في ذلك،** فلما قام اليتيم المذكور طالبه المشتري بأداء ثمانين، فقال له اليتيم: إحلف أنك دفعتها له كلَّها، ولي الخيار في الأخذ أو الترك، فقال: لا أحلف حتى تحضِر العدة المذكورة ؛ فلمن يكون القول منهما؟.

فأجاب : إذا امتنع المشتري من الحلف حتى يُحضِر شفيعه الثمن فليس له ذلك، ولاكنه يحلف ثم يخيِّر المشتري في الأخذ والترك، والله أعلم.(هـ) .

قلت : قوله : (إلا أن يكون المشتري من أهل الفضل والدين الخ) هو **الصواب** ، لأنها يمينُ تهمة، وهي إنما تتوجه على مَن يُظَنُّ به ذلك لا مطلقا كما يظنه من لا خبرة له، ولذا قال الإمام القوري كما في المعيار: الذي جرت به الفتوى وجوبُ اليمين ولو حصل الدفع بمعاينة عدلين، وهذا إذا اتُّهما أن يزيدا في الثمن فلا تنقلب تلك اليمين، لكثرة تحيُّل الناس ولفساد الناس واستحقاقهم التُّهَمَ، صرَّح **بذلك الشيخُ اللخمي في مواضع من تبصرته وهو في المائة الخامسة**، فكيْف لو أدرك زمانَنا هذا، أي القرن التاسع.

نعم، يُستثنى من ذلك المبرِّزُ في العدالة، المنقطعُ في الصلاح والخير، وأين هو اليوم الخ؟!.

قال الشيخ الرهوني عقبه : لاكن هنا دَسيسة نشأت عن رقة الديانة وإيثار الدنيا الخسيسة، وهي أن كثيرا من الناس يعمد إلى من يَعْلَمُ منه أنه يتحرجْ عن اليمين فيما يتحقق براءة نفسه منه، فيدَّعي عليه بما يوجب عليه يمينا في هذه النازلة ونحوها ليتوصل بذلك إلى ابطال حق المدعى عليه بالكلية أو يصطلح معه بشيء لأجل ذلك، وقد بَلغَنَا في هذا الوقت عن غير واحد من الفجار نحوُ هذا، حتى إن بعضهم ليقنَعُ بالصلح بنحو درهم على ادعائه بنحو

ثلاثمائة درهم، فلابد لمن ابتلي بالحكم بين الناس من نظر خاص في كل نازلة تحدث بين يديه، فينظر فيها إلى حال المدعي والمدعى عليه، وإلا انقلبت المصلحة مفسدة، ولا حول ولا قوة إلا بالله(هـ).

وسئل الجلالي أيضا عمن توفي عن أملاك فباع بعض ورثته نصيبه لرجل، فقام بعض الورثة بالشفعة على المشتري، فصالح بينهما بعض الناس على أن أخذ نصف الحظ المبيع وترك النصف للمشتري، ثم قام آخرُ من الورثة وزعم أنه يأخذ جميع ذلك بالشفعة، أعني ما بقي بيد المشتري وما أخذه الوارث الآخر من يده بالشفعة، فهل له ذلك أم لا؟.

فأجاب : للقائم الأخير الشفعةُ فيما في يد المشتري الأجنبي، وأما ما بيد الشفيع الأول فلا شفعة للأخير فيه، والسلام(هـ).

ص 285 **وسئل سيدي محمد المنصوري قاضي غمارة عمن باع نصيبه في أملاك جده وله شركاء في تلك الأملاك**، فقام أحدهم بالشفعة على المشتري، فادعى البائع المذكور الجهل بقدر المبيع، فهل يفسخ البيع وتبطل الشفعة أم البيع صحيح والشفعة ثابتة؟.

فأجاب : إن ثبت جهلُ البائع ولم يُشهد على نفسه بمعرفته عند عقدة البيع فالبيع فاسد ولا شفعة، وإلاَّ بأن صَحَّ البيع فالشفعة ثابتة(هـ).

وقال الزياتي في نوازله: وجدت حكما حكم به القاضي الجلالي بخطه، **نصه**:

الحمد لله، الأرض المعروفة بكذا، التي اشتراها عليٌّ بن محمد من أحمد بن عمر، وقام عليه بالشفعة أبو القاسم المنصوري قد وقفا لدى كاتبه،فطالع عقدة البيع فوجدها فاسدة من أجل تحمل البائع للمشتري أنه إن استُحق من يده شيء منها فيعاوضه غيرها، **والبيعُ الفاسد لا شفعة فيه**، فحُكْمُ الشرع أن المشتري يرجع على البائع بما دفع له في ذلك من الثمن، ويرجع المبيع لبائعه الخ.

وسئل الجلالي أيضا عمن ترك الشفعة في مِلك خوفا من عقوق أبيه لأنه كان شريكا في ذلك، واسترعى على هذا الأمر، فهل ينفعه أو لا؟.

فأجاب : إذا ثبت ما ذكر أعلاه فالشفعة ثابتة للمسترعي، والسلام(هـ).

وسئل أيضا عمن باع حظه من مِلك بينه وبين شريك لرجل، فأسقط له الشريك الشفعة، ثم باعه الرجل من آخر، فقام الشريك يطلب الشفعة في هذا البيع الثاني، فزعم المشتري أنه لا شفعة له لكونه أسقطها لبائعه، فهل تسقط كما زعم أو لا؟.

فأجاب : الشفعة ثابتة للشريك، والسلام، إنتهى.

وسُئل أيضا عمن باع حظه من مِلك بينه وبين شريك لرجل فأسقط له الشريك الشفعة ثم باعه الرجل من آخر، فقام الشريك يطلب الشفعة في هذا البيع الثاني فزعم المشتري أنه لا شفعة له لكونه أسقطها لبائعه فهل تسقط كما زعم أو لا؟.

فأجاب : الشفعة ثابتة للشريك في البيع الثاني وليس إسقاطها للمشتري الأول بالذي يوجب إسْقاطها للثاني، ولا إشكال في ذلك، والسلام.(هـ).

وسئل أيضا عمن أسقط شفعته، وزعم أنه إنما أسقطها خوف المغرَم الموظف على ذلك الملك، والآن لما لم يبق مغرم، قام يطلبها، فهل يلزمه هذا الإسقاط أم لا؟.

فأجاب : الإسقاط لازم له، والعذر المذكور غير مقبول منه، بل ليس ذلك بعذر، والسلام.(هـ).

ص 286 **وسئل سيدي محمد بن الحسن بن عرضون عمن باع نصيبه من جنان مشترك بينه وبين أخته وأولاد أخت له أخرى**، فقامت الأخت بالشفعة على

المشـتـري، فـأراد أبو الأولاد المذكـورين أن يشـاركـهـا في ذلك نائبـا عن أولاده لكونهم في حجره لصغرهم، فزعمت الأخت أن الشفعة لها دونهم لقربها من البائع، فهل لها ذلك أم لا؟.

فأجاب : أن الشفعة للأخت، والله سبحانه أعلم(هـ).

فراجَعَهُ بعض القضاة بما نصُّهُ:

وبعد، فقد كُنت حكمت بدخول أولاد الأخت مع خالتهم في شفعة ما باعه خالهم لاشتراكهم جميعا في السهم المبيع بعد اطلاعي على ما للسيد خليل في التوضيح في ذلك، ثم إني اطلعت على ما بيد المحكوم عليه مما أجبتم به أعلاه، وفيه ما يُؤذنُ بعدم دخولهم، فراجعنا كم لنستفيد منكم صحة ذلك، لأن غالب ما يقَبله فهْمُنَا الركيك الفساد، وكتب محبكم محمد.

فأجاب : وعليكم السلام، **الحمد لله**،

ما ذكرتم من الشفعة للجميع لأجل المشاركة في السهم صحيح، وما أجبت به، فيه نقصٌ، وتمامُه أن يقال: مع أولاد أختها، وجزاكم الله خيرا على مراجعتكم، وقد قال خليل: «فما كان من نقص كمِّلوه»[15]، والسلام(هـ).

فرعان : **الأول؛ قال في المفيد**: ومن أحكام ابن بطال في المستخرَجة: روَى ابن القاسم عن مالك -في أربعة إخوة ورثوا دارا فباع أحدهم حصته، فسَلَّمَ إخوته الشفعة للمشتري، ثم باع أحد ممن بقي من الاخوة حصته،- أن المشتري يشفعُ في ذلك مع من لم يبع(هـ).

---

(15) وذلك في مقدمة مختصره وديباجته التي جآء فيها تعبيرُه عن تواضعه العلمي، واعتذارُه عما قد يكون في كتابه هذا من نقص أو خطأ أو تقصير، ملتمسا من العلماء ذوي الألباب إصلاح ما قد يجدونه من ذلك في مختصره هذا، فقال في ختام ديباجته: «وأعتذر لذوي الألباب من التقصير الواقع في هذا الكتاب، وأسأل بلسان التضرع والخشوع وخطاب التذلل والخضوع، فما كان من نقص كملوه، ومن خَطَأ أصلحوه، فقلما يخلص مصنف من الهفوات، أو ينجو مؤلف من العثرات.

فرحمه الله وأثابه على حسن قصده وعلمه، ورحم سائر الأئمة وأعلام الدين وكافة المسلمين.

الثاني : في المفيد أيضا، قال ابن لُبابة في منتخَبه : إذا كان ملك مشترَك بين أهل سهم واحد مع أجنبي كالإخوة للأم أو الأخوات أو الجَدتين تكُون حظوظهم في أصل ويكون سائره لأجنبي، فيبيع واحد من أهل السهام من صاحبه الذي هو معه في سهم واحد، فلا شفعة للشريك الأجنبي، لأنه لو كان المبتاع أجنبيا لكان هذا الذي اشترى الآن أحق بالشفعة، فكيف إذا كان هو المشتري(هـ) .

وسئل أبو القاسم بن خجُّو عن رجل اكترى أرضا من ربها، كلَّ سنة بكذا، ولم يضربا أجلا ليبني فيها ويغرس، وفعل ذلك وطالت السنون، ثم إن رب الأرض باع أرضه من رجل آخر فأراد المكتري المذكور أن يأخذ بالشفعة، فهل له ذلك أم لا؟، **وإن قلتم** : لا شفعة له فهل لمبتاع الأرض أن يخرجه متى شاء لكون الحالة كما ذكرنا أم لا؟، **وإن قلتم**: له ذلك، ما الحكم في بنيانه وغرسه، أيكون له قيمته قائما أو منقوضا؟.

فأجاب : إن كان الأمر كما ذُكر وبلغ أمَدُ الكراء عشرين عاما فأكثر كان للباني على الوجه المذكور قيمتُه منقوضا، والغرسُ إن بلغ ثلاثين سنة فأكثر وما دونها كان للغارس على الوجه المذكور قيمته مقلوعا، والله أعلم(هـ) .

ص 287

وأجاب غيره بنحوه قائلا : فإذا تقرر هذا فالبيعُ لا يُفسخ، ويكون المبتاعُ بمنزلة البائع، إن شاء أخرجه وإن شاء أبقاه، والله سبحانه أعلم.

وسئل ابن عرضون المتقدم عن رجل كان له واجب في حَجَر رحى الزيتون وفي آلاتها من الخشبة والشقال، بل والحجر المسمى بالشيخ وفي مغزلها وحديدتها دون الأرض فهي كلها للشريك الآخر، ثم إن الشريك المذكور باع واجبه، فقام الرجل بالأخذ بالشفعة في ذلك زعما منه أن ذلك حيث تعدد ولم يكن حجرا واحدا فله فيه الشفعة، وزعَمَ المكتري أن لا شفعة في ذلك،

لأن الشفعة إنما هي في الأرض وما يتصل بها من البناء والشجر، ولا أرض هنا ولا بناء ولا شجر، فهل له الشفعة أم لا؟.

فأجاب : لا شفعة للقائم بها في المسألة المذكورة، والله تعالى أعلم.

وسئل الجلالي أيضا عن شفيع قام بشفعة فاستحقها، فلما أراد دفع الثمن المشفوع به امتنع المشتري من قبض الثمن وادعى أنه دفع دراهم قديمة هي الآن معدومة وحلف عليها، فهل يُجبر على قَبول السكة الجارية في الوقت أو الذهب أو الريال، أو لا يُجبرُ ويوقَف الشفيع؛ إما أن يأتي بالثمن المدفوع وإن عدم، أو يسقط حقه في الشفعة. **وأيضا**؛ المشتري المشفوعُ من يده جماعةٌ، بعضهم دفَع الثمن المذكور، وبعضهم دفع السكة الجارية، والدافعُ للجارية امتنع من قبض حصته حتى يقبض شريكه السكة القديمة.

فأجاب : ليس للشفيع أن يشفع إلا بالسكة التي وقع بها البيع إن وجدت، فإن تعذر وجودها فيشفع بقيمتها، ولاكن إن تعذرت الدراهم الصغار فالذهب الجاري في ذلك الوقت ما زال موجودا، وكذا الريال، فيلزم المشتريَ أن يقبض ذلك، وليس لدافع سكة الوقت الامتناعُ حتى يقبض شريكُهُ، والسلام. (هـ).

وأجاب أبو العباس الهلالي فقال : **ومن اشترى مُشاعا بالقديمة فالشفعة بها لا بالجديدة**، إلا إن إستوت الجديدةُ والقديمةُ في الرواج، وكانت الجديدة خالصة كخلوص القديمة، فهي حينئذ في الشفعة سواء، وإن لم تَرُجْ الجديدة كالقديمة وقلنا بوجوب القديمة فإنها إذا عُدمَتْ يُرجعُ إلى قيمتها من ذهب أو ما يتراضيان عليه من السِّلعة، والمعتبَرُ في قيمتها ما تساويه حين البيع، والله أعلم. (هـ).

ص 288 **قلت** : [قوله خالصة كخلوص القديمة الخ] غيرُ شرط، بل إذا كانت تروجُ كالقديمة كفى كما يُفهم من قول المختصر: «وجاز مغشوش بمثله أو

بخالص »[16] الخ، ونظمه في العمليات فقال: وفي القديم بالجديد . . . البيت. **قال في الشرح**: يعني أنه يجوز أن تُرَاطَلَ الدراهم القديمة بالجديدة، ولا يُعتبر النحاس الذي في الجديدة، لأن ما خالط الفضة فضة الخ.

ص 286 **وسئل بعض الفقهاء عن رجل حضرته الوفاة، فقال له رجل: أعطني الفدان الفلاني وأنا أكفنك، فقال له**: خذه، ثم توفي، فدفع الرجل المذكور الشقة التي كفن فيها، وللهالك أم وأختان، وافقت الأم وإحدى الأختين على عطية الفدان المذكور وامتنعتْ الأخرى الخ.

فأجاب : إن ثبتَ ما ذكر وصَحَّ فللبنت التي لم توافق على ذلك الأخذُ بالشفعة لأنها شريكة، والله أعلم، إنتهى.

وسئل سيدي عبد الرحمان النالي عمن أخذ أرضا من رجل على وجه الاكتراء، فكان يدفع له ما وجب عليه مما تعاقدا عليه، فجاءه رجل فقال له: إن الأرض لي، وإياك أن تدفع كراءها لفلان، بل لا تحرث أرضي أصلا، فتغافل عنه واستمرَّ على حرثها وكان يدفع الكراء لصاحبه والرجل المنازع يخاصم في تلك الأرض، ثم إن المكتري اشتراها من صاحبه ونهاه الرجل المنازع فلم يلتفت إليه، ثم إن المنازع المذكور أثبت نصيبه في الأرض المذكورة واستحقَّه وشفع ما اشتراه المكتري؛ وزعم أنه لا يدفع للمشتري ثمن الشفعة إلا بعد أن يؤدي له ثمن الغلة التي كان ينهاه عن دفعها لصاحبه، **فهل له ذلك أم لا؟**.

فأجاب : لا شفعةَ لهذا الرجل الذي ذكرتم إلا بعد ثبوت حقه، فحينئذ يحكم له بالشفعة ويشفع الجميع أو يترك؛ وإذا سكت سنة من يوم أثبت

---

(16) وذلك في باب البيع.
أي، وجاز أن يُباع نقد مغشوش كدنانير فيها فضة أو نحاس، أو دراهم فيها نحاس بمغشوش مثله مراطلة أو مبادلة، أو بخالص من الغش على القول الراجح المأخوذ من كلام المدونة أو غيرها، والأظهر عند ابن رشد من الخلاف خلافه (أي خلاف الجواز)، وهو منع بيع النقد المغشوش بالنقد الخالص، وجعله صاحب الشامل هو المذهب، فقال: وصحح منعه بخالص، والمذهب جوازه..الخ.

نصيبه فلا شفعة له، والغلة إنما تلزم المبتاع من يوم استحق نصيبه عنده لا قبل ذلك، لأنه كان منازِعا لمن بيده الأرض ومدعيا عليه بحقه ولم يُثبته بالبينة، فلا غلة له في جميع ما ذكرتم إلا بعد الثبوت.

وسئل سيدي علي بن هارون عن إخوة تركهم والدهم في دار واحدة على عولة واحدة، ثم أراد الكبير منهم أن يُقيل رجلا في أملاك كان ناقل بها مع والدهم فأقاله من غير حضور إخوته ولا موافقتهم، فلما علموا بذلك قاموا بالشفعة على المقال وترافعوا إلى القاضي وأرادوا قطع حجتهم، فهل لهم الشفعة أم لا؟، وكلهم كبار ما لكون أمرهم.

فأجاب : إن كانت شركتهم في الأملاك مفاوضةً، كل واحد يتصرف فيها كيف شاء ولا يتعرض له إخوته فيما فعل فلا شفعة لهم، وإلا فلهم الشفعة، والله أعلم.

ص 289 **وسئل سيدي ابراهيم بن هلال عمن اشترى شِقصا من أرض، فقام فيه شفيع وكان يسترعي عليه وهو يستغله، فهل يلزمه ما استغل من ذلك منذ استرعى عليه أم لا؟**.

فأجاب : فإن كان ذلك بمحضر المشتري فالشفعة له وإن مَرَّ أمَدُها، وإن كان بغير حضرته فلا شفعة له إذا مر أمدها، وأما الشقص فهل يملكه الشفيع بنفس إشهاده بالأخذ بالشفعة أمام المشتري أو حتى يُقْضى له بذلك؟، في ذلك تَرَدُّدٌ واحتمال.

وقد نزلتْ بابن عرفة وبحث فيها فلم يقف فيها على نص، وآل الأمر إلى الصلح. وما لابن شاس وتبعه ابن الحاجب في ذلك –من قوله: (ويملكه بتسليم الثمن أو بالإشهاد أو بالقضاء) هو مما تبعا فيه الغزالي في وجيزه على عادتهما في إضافتهما كلام الغزالي للمذهب، لظنهما موافقته إياه(هـ).

قلت : في هذا الجواب نظر من وجوه:

أولها : أن ما أجاب به غير مناسب للسؤال، وكأنه فهم أن معنى الاسترعاء الأخذُ بالشفعة، وليس بظاهر، بل المراد أنه كان يطلبه بها فقط، ويقول: إنه لم يُسقطها ولازال عليها حتى يمَكِّنه منها المشتري بدون رفع للحاكم، **وإنما المناسب له ما في نوازل العباسي**، ونصه: وأما التبريح، فإن كان بمعنى الإشهاد بالأخذ بالشفعة فهو عامل ولو في غيبة المشتري عند الشيخ خليل وابن عرفة، خلافا لابن عبد السلام، لا الإشهاد خُفْية أنه باق على شفعته ثم يسكت حتى يجاوز الأمد المسقط حق الحاضر، ثم قام يطلبها، فلا ينفعه ذلك وتسقط. **وبما قال ابن عبد السلام أفتى بعض الشيوخ فإنه قال**: وإنما يملك الشفيع الشفعة بحكم أو دفع ثمن أو إشهاد مع حضور المشتري، ولا يملكها بالتبريح إلا إن كان بمنزلة الإشهاد كما لو كان في مجلس القاضي .(هـ) .

ويناسبه أيضا ما في نوازل الشفعة من المعيار، ونصُّه: الشفيع إذا أشهد واستحفظ في خلال السنة أنه مهما سكت فليس سكوته رضى منه بإسقاط الشفعة، ثم سكَت بعد السنة بكثير وقام، يحتمل أن ينفعه ذلك كما أفتى فيمن أحدث على جاره ضررا فاستحْفَظ أنه لم يسكت رضى، بل لعذر ولم يثبت العذر، فهل يكون نفسُ قوله (لم أسكت) رضى نافعا، وبه أفتى ابن عبد ربه وغيره، أو غيرَ نافع، وبه أفتى غيره، فينبغي أن تكون مسألتنا كهذه(هـ) .

ونقَل في سياق أسئلة سئل عنها سيدي مصباح من نوازل البيوع تنظيرَهُ مسألة الضرر بمسألة الشفعة مع الجزم فيها بعدم سقوط الحق مع الإشهاد، ونصُّهُ: ص 290

إذا أشهد المحدَثُ عليه ضرر عند حدوث ذلك أنه غير راض به فهو على حقه في ذلك الإشهاد متى قام به، كما قالوا في الشفيع: إذا أشهد عند وجوب

الشفعة أنه على حقه فيها أنه لا يَسقط حقه فيها ولو مضى لوقت إشهاده أمد الشفعة أو أزيدُ(هـ) كلام المعيار.

قلت: وكلامه يُفيد أن إشهاد الشفيع أنه باق على حقه في الشفعة غيرُ مقسط لها يفيده، أي ينفعه، وهو خلاف ما في الزرقاني عند قول المختصر: «ومُلكَ بحكم أو دفْع ثمن أو إشهاد»* الخ، **ونصُّهُ**: أو إشهاد بالأخذ بالشفعة لا الإشهاد خفية أنه باق على شفعته ثم يسكت حتى يجاوز الأمد المسقط حقَّ الحاضر، ثم قام يطلبها، فلا ينفعه ذلك وتسقط، كما لأبي عمرانَ، ذكَره في الحمالة من تقييده(هـ)، وسلَّمه المحشيان فهو المعتمد.

وقال شارح العمل الفاسي: رأيت بهامش نسخة من الخرشي بخط بعض المفتين من طلبة الفقيه المسناوي ما صُورَتُهُ: لو قال: إشهدُوا بأني باق على شفعتي ثم يسكت المدة فلا كلام بعْدُ، ولا فرقَ في هذا بين أن يُشهد علانية أو خُفية، وما وقع من التقييد بالخفية كما في ابن غازي لا مفهوم له(هـ).

وقال الشيخ بناني : رأيت بخط الشيخ المسناوي أن ما لابن عبد السلام من اشتراط حضور المشتري هو الذي جرى به العمل بفاس، نقل ذلك عن شيخه القاضي أبي عبد الله بردلة ؛ خلافا لما في العمليات، أي من قولها:

والأخذُ بالشفعة سرا ينفع * به قضاة الوقت قالوا أجمع

قال الشيخ الرهوني : لا عمل على ما في هذا البيت، بل هو منسوخ بالعمل الآخر، أي الذي قاله الشيخ المسناوي.

ثانيها : أن قوله أي ابن هلال: (وأما الشقص فهل يملكه الشفيع بنفس إشهاده إلى قوله وقد نزلت بابن عرفة الخ) يقتضي أن نازلة ابن عرفة

---

*) سبقت الإشارة إلى هذه العبارة في تعليق سابق أي الهامش رقم 14 م. من نوازل هذا الباب.

هي ما ذكره من أن الشفيع يملكه بالإشهاد بالأخذ أو حتى يُقضى له به، وليس كذلك كما يأتي لفظه.

ثالثها : **أن كلامهم** يفيدُ أن الأخذ بالشفعة إذا كان بحضرة المشتري لا خلاف فيه، وهو جعَله محل الخلاف إذا كان الأخذ بمحضره، فهو عكس كلامهم.

رابعها : أن فيه تدافعا بينه شارح العمل الفاسي، فقال بعد نقله ما نصه: ذكر أي ابنُ هلال أولا الإشهاد أمام المشتري وجعله محل التردد، فكلامُهُ يعطي بمفهومه أن الإشهاد بغير حضرة المشتري خارج عن محل التردد فلا يفيد، وقوله بعد ذلك: (وقد نزلت بابن عرفة) يدل على شمول كلامه لصورة الغيبة لأنها نازلة ابن عرفة كما يعلم من كلامه، تأمله(هـ).

ص 291

قلت: وهو صوابٌ، **ونصُّ ابن عرفة على نقل ابن غازي: ونزلت عندنا هذه المسألة - يعني مسألة الأخذ بالشفعة دون حضور المشفوع من يده - عام خمسين وسبعمائة** في شفيع أخذ شفعة في دار يملك باقيها بشهادة عدلين دون أن يُوقف المشتري ويُشهِد عليه بذلك، ثم إن الشَّفيع باع جميع الدار، فقام المشتري يخاصم فيها لبيعها دون إشهاد الشفيع عليه بالأخذ ولم يأت بشيء لو أتى به قبل البيع لقَدَحَ في الشفعة عليه، فتوقَّف القاضي في إمضاء البيع وفسخه، فشاور في ذلك شيخَنا أبا عبد الله السطي فلم يذكر في ذلك شيئا غير كلام ابن الحاجب وما أشار إليه ابنُ عبد السلام من كلام ابن رشد، وكنت أنا وبعضُ فقهاء الوقت - وهو الفقيه أبو عبد الله بن خليل السكوني - شهيدي النازلة، فعاتبَنا القاضي على الشهادة في البيع، وكانت شهادتي فيها عطفا عليه لاعتقادي فقهه وكونه من خواص القاضي المذكور، فاحتججتُ على القاضي بنصَّيْ المدونة: **الأول في كتاب الخيار** : إذا اختار من له الخيار من المتبايعين - وصاحبُه غائب - وأشهد على ذلك جاز على

الغائب .(هـ)، والشفيعُ بمنزلة من له الخيار من المتبايعين؛ فهذا يدل على صحة أخذه في غيبة المشتري. **الثاني قوله في باب الشفعة**: ولا يجوزُ بيع الشفيع الشقص قبل أخذه بالشفعة .(هـ).

فمفهوم قوله قبل أخذه أنه يجوز بعد أخذه، والعملُ بمفهومات المدونة هو المعهود من طريقة ابن رشد وغيره من الشيوخ وإن كان ابن بشير يذكر في ذلك خلافا، فعمَلُ الأشياخ الجلة إنما هو على الأول، وانفصل الخصمان بعد طول ومرافعة لأولي الأمر على صلح وقع بينهما .(هـ) كلام ابن عرفة؛

قال ابن غازي: وفي استدلاله الثاني ضعف .(هـ).

قال الشيخ الرهوني على قوله: (وفي استدلاله الثاني ضعف الخ) ما نصه:

يقتضي أن استدلال ابن عرفة الأول مُسَلَّم لا ضعف فيه، وعندي أنه غيرُ مُسَلَّمٍ الخ. ونحوه قول سيدي عمر الفاسي: **في احتجاجه بنصَّيْ المدونة المذكورين نظر الخ، قف على تمامه في شرحه للتحفة.**

وأيضا، قوله: (وما لابن شاس وتبعه ابن الحاجب إلى قوله: (هو مما تبعا فيه الغزالي الخ) ليس بشيء، إذ ما قالاه تبعهما فيه صاحب المختصر وسلَّمه شُراحه، وقد اعترضه الشيخ مصطفى، وانظر حاشية الشيخ بناني ولابُدَّ.

تنبيه: عُلم من هذا أن المسألة مفروضة في حضور المشتري في البلد، وأن الشفيع أشهدَ في خفية منه أنه أخذ بالشفعة ولم يُعلمه،

قال شارح العمل الفاسي: وأما إذا غاب المشتري عن البلد فأشهد الشفيع في غيبته داخل السنة أنه شفع فإنه ينتفع بذلك.

ص 292 **قال في المعيار: وسئل ابن عبد ربه عمن ابتاع حصة وغاب وطلبه الشفيع ليشفع فلم يجده.**

ص 292 **فأجاب** : يُشهد على نفسه أنه شفع، وأن الثمن باق عليه، وقدرُهُ كذا، فإذا قدم دفع إليه الثمن، ولا يضره مع الإشهاد طول المغيب ولا يُلتفت إليه، فإن غفل عن الإشهاد وغابَ المبتاع أزيد من عام كان كالحاضر، ونقل قبله بثلاث ورقات جوابا لبعض الشيوخ بمثل هذا، وزاد في آخره : ولا يلزمه أن يرفع الأمر إلى الحاكم لأنه يكلفه إثبات الموجبات، وربما عَسُرَتْ عليه(هـ) .

قلت : هذا صريح في أن الإشهاد واجب على الشفيع عند غيبة المشتري، وإلا سقطت شفعته، وظاهر ما نقله القلشاني أنه لا يحتاج إلى ذلك، **ونصه** :

قال ابن يونس: **قال محمد** : إن كان الشفيع حاضرا بموضع الدار، والمشتري غائبٌ بعد الشراء، أو اشتراها في غيبته هو أو وكيله فالشفعة له وإن طالت غيبةُ المشتري ولو كان وكيله يهدِم ويبني بحضرة الشفيع، ما لم يكن موكَّلا برفع الشفعة عنه ببينة حاضرة علم بها الشفيع فتسقط شفعته بمضي ما تنقطع به الشفعة؛ **قيل**: إذا كان له الأخذ في غيبة المشتري ولا وكيل له فلِم لا تسقط شفعته بطول الزمان؟ **قال**: للعذر باستثقال الناس اختلافهم عند القضاة، وربما ترك المرء حقَّه إن لم يأخذه إلا بالسلطان؛

وقال ابن ميسر : إن كان الوكيل يهدم ويبني بحضرة الشفيع وعِلْمِهِ سقطت شفعته بمضي ما تنقطع إليه الشفعة .(هـ) وبعضه في الحطاب، ويؤخذ أيضا من كلام الزرقاني .(هـ)، قف عليه .

وسئل العباسي عن رجل أعطى أولاده ثلث ماله في مرضه الذي مات منه، ثم باع الورثة جميع الملك، أي الثلثين، والعطية كانت لأولاد الأولاد مؤبَّدة إلى انقراض ذريته، هل لأهل الثلث الشفعة مع أنها بمنزلة الحبس أو لا؟ .

فأجاب : وفي المختصر : « لا مُحَبّس عليه ولو ليُحبّس »،[17] ونقل المواق : ساوَى ابنُ رشد المحبّس والمحبَّس عليه، وأن أحدهما إذا أراد الأخذ بالشفعة لنفسه لم يكن له ذلك، وإن أراد إلحاقها بالحبس فله ذلك، وبهذا تنبغي الفتوى .(هـ)، والله أعلم.

وسئل أيضا عن شفيعة باع شريكُها وحضرت في البلد، هل لها الشفعة بعد مدة طويلة لزعمها أنها ظنت أن البيع وقع بالثنيا، فهل تُسمع دعواها أم لا ؟.

ص 293

فأجاب : قد نقل في الدُّرِّ النثير أن عادة الأخوات السكوتُ عن الاغتلال، ولا يسكتن عن البيع، فلا تسقط دعواهن بالسكوت عن الاغتلال ولا بالبناء والغرس وشبهه، فإذا وقع البيعُ وسكتن أمداً يُسقط شفعتهن فلا قيام لهن بها .(هـ)، وقد يختلف ذلك باختلاف البلاد.

ووجدت مقيَّدا عن الشيخين: سيدي محمد التمنارتي وسيدي سعيد الهوزالي أنهما سئلا عمن قام بالشفعة بعد سكوته مدة تُسقطها، وزعم أنه ظن الشراء فاسدا بالثنيا. **فأجابا** بأن دعواه لا تُسمع لتفريطه في الاستعلام وطلب التحقيق .(هـ)، وهذا إن لم يكن الغالب هو الفساد كما يفيده ما نقل عن الشيخ سيدي سعيد الهوزالي المذكور، فلينظر، والله أعلم(هـ).

وسئل أيضا عن رجل هو وزوجته ملكا مالا بكدِّهما وسعايتهما فاشتريا به شقصا، ثم باع الزوج، هل هلا أن تشفع ما باعه أم لا ؟.

فأجاب : ولكون كل واحد من شريكي المفاوضة وكيلا للآخر لا شفعة لأحدهما فيما باعه الآخر، قاله في شفعة المدونة.

---

(17) وذلك في أول باب الشفعة، وبيان من ليس له حق فيها.
والمعنى : الشفعة أخذُ شريك ولو ذميا، أو مُحبّسا ليُحبّس، كسلطان، لا محبَّس عليه ولو ليحبس، وجار وإن ملك تطرقا (أي طريقا للدار المبيعة)، وناظر وقف. .الخ. فلا أخذ بالشفعة لشخص محبس عليه شقص عقار ينقسم إن أراد أن يأخذ ليتملّك، بل ولو أراد أن يأخذه ليحبس، هذا مذهب المدونة .الخ. ما هنا في المختصر وعند شراحه.

ابن هلال: المتفاوِضان هما الشريكان شركةَ مفاوضة، لأن كل واحد منهما فوض الأمر لصاحبه، فسُمِّيا متفاوضين لذلك، فلا شفعة لأحدهما فيما باعه الآخر، إذ كأنه هو البائع، فهو وكيله المفوَّض إليه، فيَدُهُ كَيَده(هـ).

وفي أجوبة الشيخ التمنارتي: وبيع أحدُ المتفاوضين لازمٌ للآخر، فلذلك يلزم البيعُ للزوجة التي باع زوجها ما اشترياه بكسبهما في حصتها فلا شفعة لها(هـ).

وأما جواب سيدي عبد الله بن يعقوب بوجوب الشفعة لأحد الزوجين بماله بالسعاية فقال فيه بعض الحذاق: إن كان لهما شريكٌ غيرُ مفاوِض فباع حصته من المشاع فلأحد الزوجين أخذُهُ بالشفعة بماله بالسعاية في المشاع، وأما ما باعه أحدُ الزوجين من المشاع في المستفاد بالاكتساب والسعاية زمن التزويج فيُحملان فيه على المفاوضة، فلا شفعة لأحد الزوجين فيما باعه الآخر من المستفاد بسعايتهما، لأن يده كيده.

وقال ابن ابنه؛ الفقيه سيدي محمد بن محمد بن عبد الله : الأظهرُ أن الشيخ عنَى بفتواه ما باعه أحد الزوجين حين انقضاء المفاوضة بفراقٍ مثلا أو بموت فباع الورثة، فتستشفع بكسبها إن بقي في المبيع، والله أعلم(هـ).

وسئل أبو العباس الهلالي عن شُفْعة شريك حضر شركاؤه والمشتري، واجتمعوا للقَسْم والاقتراع بالسهم، وأتوا للمشترى بالفتح بالقَسَّام فطفقوا فيه ودنوا للتمام، ثم وقع بينهم انفصال ومُصَارمة مقاسمة، ومريدُ الشفعة ينظر ولم يُبد بنتَ شَفة بعد إسقاط شركائه إياها عن المشتري، وحضر الشفيع للإسقاط وعرَفهُ، ثم بعد ذلك قام، وللأخذ بها رام؛ فهل يُعد مقاسما فتبطل وإن لم تتم المقاسمة، وإنما يحلف ما أسقط، ويأخذُ سهمه، وما مراد المختصر بقاسَمَ؟. ص 294

فأجاب : الحمد لله، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

قال الشيخ مصطفى: جزم الأجهوري ومن تبعه أن مجرد طلب القسمة مُسقط، وقرَّر به كلام المؤلف، ثم قال: إنه الموافق لما ذكر الجزيري ومن وافَقَهُ من الموثقين، وهو خلاف ما في النوادر، وذكَرَهما الحطاب(هـ). والحطاب لم يذكر ما قرره به إلا عن الجزيري فقال، **قال الجزيري:** وتبطل بطلب الشفيع القسمة.(هـ)، أي ولم يذكر من وافقه من الموثقين ولا من غيرهم **كما قال الأجهوري.**

ثم قال: فظاهِرُهُ بإرادة ذلك تَسْقط الشفعةُ، وإنما تسقط إذا فعلها الشفيع مع المشتري كما صرح به في النوادر وذكره المؤلف، وانظر أبا الحسن الصغير.(هـ). فأنت تراه لم يعتمد ما قاله الجزيري، واقتصر ابن عرفة على كلام النوادر فقال: وفي النوادر عن أشهب: لو قاسَمَ الشفيعُ شريكَه كان قطعا لشفعته، اللخمي : اتفاقا(هـ). **واللخمي صرح بذلك أيضا**، ونصُّه:

الثاني من المسقِطات أن يقاسم ما فيه الشفعة فتسقط، ولا خلاف في ذلك.(هـ) كلام الشيخ مصطفى.

وحاصله أنه لم يرتض تقرير الأجهوري ومال إلى إبقاء كلام المؤلف على ظاهره لموافقته لنقل ابن عرفة عن النوادر؛ على أن كلام النوادر ككلام المؤلف غيرُ صريح في عدم السقوط بإرادة المقاسمة. **وقولُ الحطاب** : (وإنما تسقط إذا فعلها مع المشتري الخ) ليس ردا لما نقله عن الجزيري، بل مرادُهُ أن المقاسمة وما ذُكر معها في النقل إنما تُسقطها إذا وقعت فيما بين الشفيع والمشتري لا إن وقعت مع غير المشتري كما يظهر من نقله.

هذا، والذي يظهر أن الرضى بالقسمة أقوى دلالة على الإسقاط من مجرد المساومة والسكوت مع الهدم والبقاء اللذين جعلوهما من المسقطات، لأن في القسمة تفويتا للرقبة فيما خرج عنه في مقابلة ما خرج إليه، بخلاف

المساومة، فقد يقول الشفيع كما في التوضيح: إنما ساومته لعله أن يبيعه مني بأقل من الثمن وإلا رجعتُ لشفعتي، **والساكت عن الهدم والبناء يقول**: لما لم يفوت الرقبة سكتتُ راضيا بأخذه مهدوما لغرض في هدمه، والمعتبر في إسقاط الشفعة ما يدل عليه من صريح القول أو ما في معناه كما في ابن الحاجب، فلا يتقيد بالجزئيات المنصوص عليها، بل متى وُجِد دليلٌ على الإسقاط اعتُبر مسقطا، والله أعلم(هـ).

ص 295 **فتحصل من كلامه أن الصواب ما قرر به الأجهوري تبعا للجزيري وهو كذلك**، وبه يظهر ما في قول الشيخ بناني في حواشيه ما نصه: قول الزرقاني: (والمراد قاسم بالفعل كما في النوادر إلى آخر ما في النوادر) هو المعتمد عند الحطاب، وعليه اقتصر ابن عرفة(هـ).

وكذلك قوله في السؤال: (وإنما يحلِفُ ما أسقَط، ويأخُذُ سهمه الخ) يقتضي أن الشفعة إذا وجبت لجماعة وأسقطوها إلا واحدا منهم فإنه يأخذُ من المشفوع سهمه فقط، وليس كذلك، بل يأخذ الجميع أو يترك، إلا أن يرضى بالتبعيض المشتري. **قال الزرقاني: على قول المختصر**: «وكأن أسقط بعضهم أو غاب»(*) ما نصه: فليس للباقي أخْذُ نصيبه فقط جبرا على المشتري، بل إما أخذ الجميع أو تركه. فإن قال الحاضر: أنا آخُذُ نصيبي وإذا قدم الغائب ولم يأخذ نصيبه أخذته، لم يُجبر المشتري على ذلك. **ثم قال**: أو أراده أي التبعيض المشتري وأباه الشفيع فالقولُ لمن دعا لعدمه، فإن اتفقا عليه جاز وعُمِلَ به.(هـ).

(*) وذلك في أثناء باب الشفعة، وفي تشبيه عدم التبعيض في الشفعة، فقال كتعدد المستري، فليس للشفيع أن ياخذ بالشفعة من بعضهم فقط، بل إما أن ياخذ من جميعهم أو يدَع ويترك لجميعهم، وكأن أسقط بعض الشفعاء حقه في الشفعة فليس لباقيهم التبعيض، بل إما أن ياخذ الجميع أو يدعه، وكذا إن غاب بعضهم فليس للحاضر إلا أخذ الجميع أو تركه. إلخ.

وفي المنتقى: إن كان المشتري أحد الشركاء فأراد أحد شركائه أن يأخذ بالشفعة وسلَّمها سائرهم، وقال الشفيع: إنك شفيع معي فأنا أترك لك بقدر حصتك من الشفعة، فلم أر فيها نصا، إلا ما تحتمله هذه المسألة من التأويل. **قال القاضي أبو الوليد رحمه الله**: والذي عندي أن للمشتري أن يُلزم الشفيع بأخذ الكل أو الترك، وليس للشفيع إلا ذلك، لأن المشتري أكثرُ ما فيه أنه شفيع تارك، أي مستحق للشفعة بقدر نصيبه وتركَ الأخذ، فإن أراد الأخذ بالشفعة أخذ الكل، وإلا بطلت الشفعة، وهو عند المشتري بالشراء لا بالشفعة، والله أعلم وأحكم .(هـ) .

وسئل الهلالي أيضا عمن اشترى شقصا فيه شفعة، فأحدث فيه المشتري تحبيسا أو صدقة أو هبة لغير ثواب، هل تبرعه مبطل للشفعة أو لا؟.

وعن المشتري إذا امتنع من قبض الثمن من الشفيع فوضعه الشفيع بيد عدل ثم حصلت غلَّة في الشقص بعد وضعه وقبل أن يقع حكم بينهما، لمن تكون الغلة؟.

فأجاب عن الأولى : إن ما أحدثه المشتري مما ذكر لا يسقط الشفعة، فللشفيع نقضُ تلك العقود ويأخذ بشفعته، والثمنُ المأخوذُ به في مسألة الوقف للواقف، وفي الصدقة والهبة للمعطَى بالفتح إن عَلِم المعطي أن له شفيعا وإلا فللمعطي.

قال في المفيد: وإذا وجبت الشفعة بتمام الشراء للمشتري فلا يسقطها عن الشفيع تحبيسُ المشتري لها ولا صدقتُه بها ولا إسكانُه ولا وصيته بها ولا إقالته منها، ويأخذ ذلك الشفيعُ بالثمن، ويبطُلُ كلُّ ما فعله المشتري من ذلك كله(هـ) . **وأصله في المدونة**، ونحوُهُ في المختصر والكافي، زاد فيه: ولو بنى مسجداً؛ وصرح في المدونة بأن للشَّفِيع هَدْمَ المسجد، وذكر بعض شراح المختصر أن الثمن للواقف يفعل به ما شاء، والله تعالى أعلم.

ص 296

وعن الثانية : أن الشفيع إذا كان أشهد أنه أخذ بشفعته ولم يكُن وضعُهُ إياه بقصد أن يأخذ به في المستقبل فالغلة من يوم الإشهاد له، لانتقال ملك الشقص إليه، ولا يتوقف على حكم حاكم. ففي المختصر كغيره: «ومُلك بحُكْمٍ أو دفْعِ ثمن أو إشهاد»[18] (هـ). فأحدُ الثلاثة كاف في تملك الشفيع الشقصَ، زاد ابن شاس في دفع الثمن: وإن لم يرض المشتري، الخ، قف عليه.

قلت : في نوازل الشفعة من المعيار عن ابن الحاج ما نصه:

إذا اختلَفَ الشفيعُ والمشتري في الثمن وطال خصامهما في ذلك ووقعت الغلة، ثم حكم بالشفْعَة، فالغلة للمُشْتَرِي، ونزلت بابن فرج وأبي الربيع وكان هو المشتري(هـ).

وسئل العلامة القاضي بردلة عمن أخذ أرضا بالمغارسة؛ هل له أن يبيع أولا؟، وعلى أن له ذلك، هل لرب الأرض الذي غارسه شفعة أو لا؟.

فأجاب : إن البيع في ذلك أفتى ابن الحاج بمنعه، وأفتى ابن رشد بجوازه، وفتوى ابن الحاج هي الظاهرة من جهة النظر، لأنه لم يملك ما بِيع، إذ هي في معنى الجُعْل، وكان ابن رشد لا يراه بيعا حقيقيا ولاكن هذا المسمى بالمشتري دفعَ شيئا للغارس في مقابلة رفع يده، وعلى الأول لا شفعة ولا إشكال، وكذلك على الثاني لأنه لا بيع في الحقيقة، والله أعلم.(هـ).

وسئل العباسي عن امرأة وجبت لها الشفعةُ واتُّهِمت أنها أرادت أن تأخذ بها لغيرها، فهل عليها يمين في ذلك أم لا؟.

فأجاب : وبعد، فقد قال الشيخ أبو الحسن الصغير : إذا أخذ الشفيع بالشفعة وانتقلَ الشقص إلى غيره، واتُّهم بأن الأخذ له، فإن عُلم ذلك ببينة

---

(18) سبقت الإشارة إلى هذه العبارة وبيانها في الهامش رقم 10 من نوازل الشفعة.

رُدَّ الشقص للمبتاع، وإن لم يُعلم إلا بإقرار الشفيع أو الغير لم يلتفت إليه، للتهمة التي تلحق المقر على الندم في عقده، أما الغير فلأنه يُتَّهم على أنه ندم في الشراء إن كان الانتقال به، وأما الشفيع فيتهم على أنه ندم على البيع، فإذا لم يُعتبر إقرار أحدهما للتهمة لم تجب عليه اليمين، إذ لا فائدة لها. وبحسب هذا لو اتُّهِمَ الشفيع قبل حصوله في ملك غيره أنه أخذه للغير، فإن كان ممن يُتَّهم بمثل ذلك وجبت عليه اليمين، لأن لها فائدة، وهي الحكم عليه بمجرد النكول عنها، على قاعدة النكول عن يمين التهمة. إنتهى المراد منه.

ص 297

وهذا مبني على منع الأخذ بالشفعة ليبيع. قال ابن رشد: ليس للشفيع الأخذُ لغيره ولا ليبيع؛ ابن زرب: فإن فعل فلا أخذ له، لأن أخذه على الصفة الأولى إسقاطٌ للشفعة. وفي المختصر: «كأن أخذَ من أجنبي مالا ليأخذ ويُربحه ثم لا أخذ له»(*) **قال في المنن:** الأخصَرُ أن يقول: (كأخذه لغيره) فيدخل فيه أخذُه على أن يبيعه أو يهبه أو غيرهما. **قال الشيخ يوسف بن عمر:** يُشترط في الشفيع أن يشفع ليملك لا أن يشفع ليهب أو يتصدق أو يتولى لغيره، فإن فعل فلا شفعة اتفاقا، وإن شفع ليبيع فقولان، وذكر في الفتح في التمكين من الشفعة ليبيع قولين، وأن المعروف التمكين، فلينظر ذلك ويتأمل، والله أعلم(هـ).

وفي نوازل العلمي: وسئل الشيخ ميارة عمن شفع ثم باع بالقرب الشيء المشفوع، هل تبطل الشفعة؟.

فأجاب: إذا باعَ الشفيع بالقرب الشيء المشفوع فإن الشقص المبيع يُرَدُّ لمشتريه، نصَّ عليه في المعيار في عدة نظائر.

قلت: نقل البرزلي جوابا للسيوري، نصُّهُ: إن قصد بأخذه بالشفعة الغير لم يَجُز. **ونقل البرزلي أيضا عن ابن البراء ما نصه**: فمسألتك إذا رفعت

(*) ياتي التعليق على هذه العبارة، والإشارة إليها في الهامش 19 الآتي في الصفحة الموالية بعد هذه.

للقاضي ووجد من يُسلف المحجورة والتزم أن لا يبيع عليها المسلفُ حتى يُفتح عليها من هبة أو عمل يد أو غلة أو غير ذلك. فيؤخذ لها بالشفعة، إلا أن يتبين من السلف قصدُ الضرر فلا يمكَّن من ذلك. (هـ).

قف على حاشية الرهوني عند قول المختصر: «ثم لا أخذ له»[19] **الخ، واعتمد ما فيها ولا تغترَّ بكلام التسولي في شرح التحفة.**

وسئل أبو العباس الهلالي أيضا عن يتيم مات وصيه ولم يوص عليه ولا قدَّم عليه حاكمٌ، ووجبت له شفعة وهو بالغ، هل حكمه كالرشيد في سقوط شفعته بالطول؟، وهل في ذلك فرق بين الذكر والأنثى؟.

وعن الشفيع إذا أشهد أنه أخذ بالشفعة ولم يعلم المشتري للشقص، وقبل فوات إبان الحرث حرثها المشتري بالزرع لمن هو منهما.

فأجاب عن الأولى إلى أن قال: والذي جرت به الفتوى وعليه عامَّةُ الشيوخ أن أفعاله كلها حكمها حكم من كان وصيه باقيا حتى يظهر رشده ويُحْكَم بترشيده، إلى أن قال: إذا علم هذا **ففي ابن سلمون** - بعد ذكره أن الغائب على شفعته وإن طالت غيبته - **ما نصه**: والسفيه الذي لا وَلي له حكمه حكم الغائب في جميع ما تقدم(هـ). ولاشك في شموله للذكر والأنثى، وصرح بهما في الشامل.

ص 298 **وعن الثانية** أن الزرع لزارِعِه وهو المشتري، ولا كراء عليه، والله سبحانه أعلم(هـ) بخ.

---

(19) وذلك في باب الشفعة.

وهذه الجملة تتضح أكثر بذكر عبارة قبلها، وهي قول صاحب المختصر: «ولا يجوز إحالة البائع به، كأن أخذ من أجنبي مالا ليأخذ به ويربح، ثم لا أخذ له به». أي ولا يجوز إحالة البائع (من إضافة المصدر إلى مفعوله) أي إحالة المشتري البائع بالثمن على الشفيع، لأنه أخذُ دين في دين، كأن أخذ مستحق الشفعة من شخص أجنبي غير مستحقها مالا ليأخذ الشفيع بالشفعة ويبيع ما يأخذه لمن دفع له المال، ويربح الشفيع ما أخذه من الأجنبي، مع أخذه منه الثمن بكامله، ثم إذا وقع ذلك سقطت شُفعتهُ فلا أخذ له بعد ذلك..الخ.

وسئل الهلالي أيضا عمن باع دارا مشتركة عن نفسه وعن بعض الشركاء بوكالة، ثم بعد مُضِيٍّ نحو عام أو أزيد قام بعض الشركاء وهو غائب فوكَّلَ من يأخذ له بالشفعة، فادَّعَى المشتري علمه بالبيع فوجبت عليه اليمين أنه ما علم بالبيع، فهل يذهب المشتري ليتقاضى يمينه منه لأن اليمين له ولو شاء أسقطها، أو يفرق في الغيبة بين القريبة فينتظر، أو يكتب إليه والبعيدة فيأخذ له الوكيل بالشفعة، فإذا لقيه المشتري أحلفه الخ؟.

فأجاب : الحمد لله، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم.

لا يمين على الغائب المذكور إن ادُّعيَ عليه العلم بالبيع، لأنه باق على شفعته ولو علم به ولو طالت غيبته، وإنما يفصَّل بين العالم وغيره في الحاضر لا في الغائب، فإنَّ علمه وجهله سواء كما في التوضيح وغيره.

نعم، قَيَّد أشهب الغيبة التي أطلقها غيره بما فيه مُؤنة على الغائب ومشقة في شخوصه ونهوضه لبلد المشتري وإلا فكالحاضر.

وفي ابن سلمون عن بعض الشيوخ أن اليوم بُعْدٌ في حق المرأة التي لا تخرج، والثلاثة بعد في حق الرجل، يعني – والله أعلم – مع الأمن، وأما مع الخوف فقد تقرر في مسائل الحكم على الغائب أن اليوم كالعشرة، والله تعالى أعلم(هـ).

وسئل أبو القاسم بن خجُّو عن رجل يملك أرضا مشتركة مع غيره، فيها ديار وغيرها، أوصى أن تكون حبُسًا على مسجد أو غيره مما عينه أراد شريكُه أن يشفعها، فهل له ذلك أو لا؟.

فأجاب : لا شفعة لشريك الموصي فيما عيَّنه للحُبُس تبرعا منه(هـ).

وسئل سيدي أحمد بن علي الشريف عن رجل كانت بينه وبين آخر أرضٌ مشتركة، فحبس نصيبه على مسجد وحازه ناظر الحبس، ثم بعد مدة باع شريكه حصته، فأراد الناظر أن يشفعها، فهل له ذلك أو لا؟.

فأجاب : لا شفعة لناظر الأحباس على ما نص عليه خليل، والسلام(هـ)،

ابن عرضون عقبه : الجواب أعلاه صحيح لا مزيد عليه(هـ).

وسئل الشيخ التاودي عن الدُّور والأرضين وغيرهما إذا كانت مشتركة مع الحبس، وأراد أربابها البيع، هل لناظر الحبس الأخذُ بالشفعة للمسجد أو لا؟.

فأجاب : وأما الشفعة في الحبس، فإن أرادها المحبِّس أو المحبَّس عليه ليُلحِقا الشقص بالحبس فلهما ذلك على ما ينبغي أن تكون به الفتوى، وإن أرادها الناظر فلا، لأنه لا ملك له، إلا أن يكون من ولاه جعل له ذلك كما جزم به بعضهم. إنتهى.

ص 299 **وسئل أيضا عن دار مشتركة بين أخوين شركة السَّواء**، ومات أحدهما وأراد ورثته بيع نصيبهم، والبيع متوقف على شريكهم وهو غائب، وأعلموه بالبيع وامتنع من الجواب، فهل سيدي إذا قدم له الشفعة أو لا؟.

فأجاب : **الحمد لله**، لأولاد الأخ الهالك أن يبيعُوا نصيبهم من الدار بما شاءوا، ثم إن كان للأخ الغائب وكيل مفوَّض أُلجئ لأن يأخذ بالشفعة أو يُسقط، وإلا فالمبيع للمشتري، والغائب على شفعته إذا قدم، والله أعلم.(هـ).

وسئل أبو القاسم بن خجو عن أخوين ولهما أخت، بينهم دار مشتركة، باعها أحد الأخوين بثلاثين أوقية وأبى الآخر أن يبيع إلا بأربعين أوقية، فما تراه إن أخذ حظَّه على حساب الأربعين، وأخذ أخوه حظه ناقصا، فهل يصحُّ البيع أو ينقض؟، وإذا قلتم بصحته وأن للأخت أن تشفع حظه حظيهما معا وقامت بالشفعة، فهل لها أن ترد الشقص المشفوع لأخويها بتولية أو بيْع؟ الخ.

فأجاب : إن كان الأمر كما ذكرتُم وأخذ الأخ الذي لم يباشر البيع الأول حظه من الأربعين فهي صفقته، وقد باع بها ولم يبق له كلام، وكان للأخت الموصوفة الأخذُ بالاستحقاق في حظها وأخذ حظ أخويها بالشفعة، ثم لها رده بالتولية أو غيرها لمن شاءت وكيف شاءت، إذ لا يُحَجِّر عليها

التصرفَ فيما ملكته سوى تولية الشفعة، ولها أخذ المال على وجه السلف من البائعين أو غيرهما لتشفع لنفسها لا لغيرها، والله أعلم، وهو الموفق للصواب(هـ) .

وسئل أبو العباس سيدي أحمد ابن علي الشريف عن رجل غاب ولم يعلم خبره، وهو إن ظهر موته فعاصبُهُ بيت المال، ثم إن قائد البلد باع أملاكه قبل الحكم بتمويته لرجل من أهل البلد وكان لرجل آخر حق شائع في تلك الأملاك فقام بالشفعة على المشتري المذكور، فهل تصح الشفعة في هذا البيع وهو غير مستوف للشروط أو لا؟ .

فأجاب : لا شفعة للقائم المذكور، لأن شرط الشفعة لزوم البيع وانعقادُهُ كما يجب .(هـ) .

وسئل أبو القاسم بن خجُّو عن رجل باع من أرض له ثلثيها لإنسان، ثم إن هذا البائع أعطى أملاكه كلها لوالي البلد فقام على المشتري المذكور وقال له : إن البائع المذكور أعطاني أملاكه قبل أن يبيع إليك ثلثيها، ولم يزل معه كذلك نحو ستة أعوام، والآن دفع له شيئا فسكت عنه وأسقط نزاعه، فقام عليه رجل آخر مدعيا أن له حظا في الدار المذكورة، وأنه يستحق حظه ويأخذ الباقي بالشفعة وهو حاضر عالم بالبيع هذه المدة كلها، **فقيل له** : ما أسكتك هذه المدة؟، فقال : **الآن تم البيع** ، فما الحكم في ذلك؟

ص 300

فأجاب : إن كان الأمر كما ذكرتم وعلم الشريك القائم ببيع شريكه وسكت السنة ونحوها من غير عذر فلا تُسمع دعواه بعد ذلك، ولا شفعة فيما بيع، وما أخذه الوالي لا يوجب حكما ولا أخْذَ الغير بَدَلَهُ، والله سبحانه أعلم .(هـ) .

وسئل بعضهم عن رجل له أختٌ، صير بعض أملاكه لزوجته، فهل لأخته الشفعة في ذلك أم لا؟

فأجاب : إنْ كانت الأخت تشارك أخاها فيما صيره لزوجه فلها الشفعة قبل السنة إن كانت حاضرة عالمة لا بعدها، وإن كانت غائبة فهي على شفعتها قبل السنة وبعدها، والله تعالى أعلم.

وسئل المحقق القاضي سيدي العربي بردلة عمن ثبتت له شفعة بثمن، قدره عشرة مثاقيل، واتفق مع المشتري على أن أجَّله إلى أجل ليزيد ثلاثة مثاقيل، فهل تبطل الشفعة كما في الضمان: «وبطل إن فسد متَحَمَّلٌ به أو فسدت بكجعل»(*) أو لا؟.

فأجاب : **الحمد لله**؛ الشفعةُ صحيحة لا خلل في الأخذ بها الذي لزم منه عمارةُ ذمة الشفيع بمثل الثمن الذي وقع به الشراء، ولا فساد في هذا، وإنما الفسادُ في العقد الثاني المنفصل عن العقد، وهو تأخير دفع الثمن على زيادة، فيفسخ هذا العقد الذي هو التأخير على زيادة، لأنه ربا، ويبقى الأخذ على حاله، والله أعلم(هـ).

وسئل العلامة المحقق السجلماسي عن أخوات الرجلين البائعين؛ وهن أربعُ نسوة علمن القسمة وبيْع إخوانهن الحظَّ المبيع من الجنان، وسكتن ولم يُسمع لهن قيامٌ مدة من نحو عشر سنين.

فأجاب : وإذا كان كذلك فلا تُسمع لهن دعوى على المشتري المذكور حوله، لدلالة سكوتهن على الرضى بالبيع ولو لم تطل مدة السكوت.

فقد سئل أبو الحسن الصغير رحمه الله عن أخوين اقتسما تركة أبيهما بمحضر أختهما ولم تأخذ شيئا، ففوَّتا التركة وهي على نحو الميل والميلين تتردد

(*) العبارة جاءت في باب الضمان من مختصر الشيخ خليل رحمه الله، وفي سياق ما يبطل به الضمان.

والمعنى : وبطل الضمان إن فسد العقد الذي ترتب عليه مال متحمّل به، أي تحمل به الضامن عن المدين الذي ترتب الدين عليه، كقوله : إدفع له دينارا في دينارين إلى شهر وأنا ضامن له، فهذه حمالة فاسدة، كما جاء في شرح جواهر الإكليل وغيره من شراح مختصر خليل، رحم الله الجميع.

من دار زوجها إلى دار أخويها نحو ثلاثة أعوام، فباعا أرضا، فطلبت الاستحقاق والشفعة.

فأجاب: عَادة الأخوات السكوتُ عن الاغتلال، ولا يسكتن عن البيع، فلا تنقطع دعواهن بالسكوت عن الاغتلال ولا بالبناء والغرس وشبهه، فإذا وقع البيعُ وسكتت ثلاثة أعوام، فإن قالت: علمتُ، سقط مقالها من الشفعة، وإن ادعت الجهل صُدِّقت في داخل أربعة أعوام وإلا فقولان (هـ) بخ.

قال ابن هلال: **قوله**: (سقط مقالها من الشفعة) يريد ومن الأرض عن المبتاع، ويبقى مقالها في الثمن على أخويها، وفيه تفصيل مذكور في استحقاق العتيبة (هـ). فإذا كان البيعُ يلْزَمُ بالسكوت ثلاثة أعوام في نازلة أبي الحسن هذه كان اللزوم هنا للنسوة أخوات البائعين بمحوَّله أحرى، لأن السكوت منهن أكثرُ من ثلاثة أعوام، ولأنهن قد عين لهن في القسمة نصف الفدان، وظاهر قولُ السائل لأبي الحسن (ولم تأخذ شيئا) أن أخويها لم يُسْهِما لها، وفي هذه النازلة أُسهم لهن، فالحظ المبيعُ خارج عن نصيبهن إذا علمن بالقسمة وبالبيع وسكتن كما ذكر لنا الحامل، والله أعلم (هـ).

ص 301

وسئل العباسي. فأجاب: **سئل أبو سعيد بن لب عن سكوت الزوجة عن بيع زوجها مالها خشية العار ونحوه.**

فأجاب: الأصل الفقهي -إذا طالت المدة وثبت علم الزوجة- نفوذُ البيع، هذا مقتضَى الروايات، لاكن حصل العلم بأن هذا الحكم إنما هو أن العادة قاضية على من عَلم ببيع ملكه ومصيره إلى ملك غيره، وأمسَك عن الاعتراض فيه مع تمكنه من طلبه، فإنه مسَلِّم لمشتريه، فإذا ثبت في نازلة من النوازل تخلف هذا المستند، وخُروجُها عن الغالب والمعتاد -كما وقع في السؤال- وجب بقاءُ من بيع عليه ملكه، واستحقاقه حقَّه بعد يمينه أنه ما باع ولا فوَّت ولا رضيَ ولا سلَّم ولا كان سكوته تلك المدة رضى بما وقع (هـ).

وفي نوازل ابن الحاج في امرأة قامت في أرض على مشتريها من أخيها أو ابن أخيها وأثبتت مُوجبات الاستحقاق، فكان فيما أجاب به ابن الحاج-: إن أثبت المبتاعُ أنها حضرت مجلس التبايع فلا قيام لها، إلا إن أثبتت هي أنها أنكرت قبل انقضاء المجلس وقالت: إنما كان سكوتي لأني علمتُ أن ذلك لا يلزمَني، فيكون القول في ذلك قولها مع يمينها(هـ).

وفي الدرِّ النثير: وظاهر سياقه أنه عن الشيخ أبي الحسن الصغير عادةُ نساء البادية اليوم لا يطلبن قرابتهن، وأما إذا بيع النصيب وعلمن به فالشأن أن يقمن على المشتري ولا يسكتن عنه فيعد سكوتهن رضى إن لم يمنعهن مانع.

وسئل الشيخ المذكور عن أخ ورث هو وأخته أملاكا، فتزوجت الأخت وبقيت الأملاك لأخيها فلم تستطع أن تطلبه مشافهة ولا أن ترفعه، لما تخافه من قطيعته إن طلبته بذلك، ثم اشترى الأخ شقصا من شريك لهما في موضع- وبقي بيده، وعلمت الأخت بشرائه وبأن لها الشفعة، ثم ماتت الأخت وأخوها فقام ورثة الأخت على ورثة الأخ يطلبون نصيبها والشفعة فيما اشتراه الأخ من الشريك، **فقال**: الأصل لها بلا إشكال، وأما الشفعة فإنها تقول: لم أُمَكَّن من الأصل، فكيف أُمَكَّنُ من الأخذ بالشفعة الذي هو فرع؟!، فالمانع لها من الأصل هو المانع لها من الشفعة.(هـ).

وسئل المحقق السلجماسي عن ثلاثة إخوة من البادية مشتركين في أرض يسيرة مات أحدهم عن بنتين وأخويه المذكورين، فكانت البنتان لصغَرهما عند عميهما وفي كفالتهما وفي نفقتهما مدة إلى أن تزوجت كل واحدة منهما، ص 302 - والحال أن والد البنتين لم يترك إلاَّ ما لا بالَ له من المال اليسير الذي لا يكفي بنته في مؤنتهما وكسوتهما، - ثم إن العمَّين المذكورين باعا جميع تلك الأرض على أنفسهما وعلى بنتيْ أخيهما بستة مثاقيل ونصف، وذلك هو قيمتها وقتَ البيع قبل تزوج البنتين، فغَرَسَ المشتري طائفة من تلك الأرض، وتصَرَّفَ فيها كلها نحو الثلاثين عاما من يوم الشراء على عين البنتين

المذكورتين، وبعْد ذلك قام زوجُ واحدة منهما بوكالتها إياه يطلب حظها من تلك الأرض والشفعة في الباقي، منكرا لعلمها بأن لها الحق في تلك الأرض، هل له ذلك أم لا؟، وبتقدير ثبوت الحق والشفعة لها هل تكون الشفعة بالثمن فقط أو يزادُ عليه قيمة الغرس قائما أو منقوضا؟.

فأجاب : إذا كان الأمر كما ذكرت وثبت أن البنتين كانتا في كفالة عميهما أو أحدهما وقت البيع فالبيع ماض ونافذٌ عليهما، لأن الحاضن، له بيعُ العقار اليسير على محضونه، لاسيما في البوادي التي نُزِّل فيها الحاضنُ منزلةَ الوصي، - لإهماله الإيصاء حسبما نقل ذلك ابنُ هلال وصاحبُ المعيار وغيرهما، وقد نقل كل منهما -، أعني ابن هلال والونشريسي- أن الشيخ أبا الحسن الصغير رحمه الله **سئل عن رجل اشترى موضعا من رجل فقلعه المشتري وغرسه، ومضَى يخدمه مدة من عامين، ثم قِيم عليه فيه بسبب أيتام صغار كانوا شركاء للبائع في الموضع المبيع بالسُّبُعِ وكان البائعُ هو الحاضن لهم،** فباع عليه وعليهم لصلاح شأنه وشأن الأيتام، والثمنُ ثلاثة عشر دينارا، فقال القائم: بيعُ الحاضن على الأيتام مردود، والمشترَى مشفوعٌ، والموضعُ قليل، كان قبل غرسه تافها، فهل يُؤَثِّر حظ الأيتام في فسخ البيع أم لا؟.

فأجاب : إن كان الأمر كما ذُكِر فالبيع على الأيتام المذكورين ماض عليهم، لازمٌ لهم، لأن الحاضن يجوز بيعُهُ على محضونه إذا عُرِفت الحضانةُ وصِغَرُ المحضون وحاجتُهُ وتفاهةُ المبيع، والسَّدادُ في الثمن، وأن المبيع أحق ما بيع عليه من أملاكه، فإذا توفرت هذه الشروط في بيع الحاضن نفذ بيعه على محضونه، **فمسألتكم أولَى بالجواز**، لأن جملة المبيع تافه، فكيف بِسُبُعِه مبلغ حظ الأيتام، إذ أقلُّ ما قيل في مقدار التافه ما قيمتُه عشرة دنانير، وأين هي من سُبُع الثلاثة عشر دينار، أيُقسم على رؤوس الأيتام: بنتين وذكَر؟، ولاشكَّ أن هذا أحق ما يباع على محضون، إذ لا أدْوَنَ منه ولا أتفه، إلا ما هو في حكم العدم.

وأما السَّدَادُ في الثمن فما ينوب الأيتام في غاية من الحقارة، بحيث لا يوصف ثَمَنُه بسَداد ولا عكسه.

ص 303 **وأما الحاجة** فقد ذكرتم أن الحامل على البيع صلاح شأن البائع وشأن الأيتام.(هـ) بخ، ولا يخفى أن النازلة موافقة في أكثر الفصول أو كلها لنازلة أبي الحسن، فما يقال في تلك يقال هنا.

وأما قولك : بأيّ شيء تكون الشفعة وبتقدير ثبوتها الخ؟.

فجوابه أنها تكون بالثمن وبقيمة الغرس قائما، لأن الغارس غَرَسَ بشبهة حتى في حظ البنتين لكون البائع من ناحيتهما وكان هو القائم بأمرهما.

قال الشيخ أبو الحسن المذكور في جواب له عمن تصدقت وهي بكر مهملة على إخوتها بإرثها، - فتزوجتْ وقامت بعد طول برد ما فعلت بعد أن ذكر أن لها رد الصدقة - **ما نصُّه**: لها أخذ نصيبها وإن كان بيد مشتر، وتأخذ الباقي بالشفعة بعد أن تدفع قيمة الغرس والبناء فيما غرس وبنى قائما في نصيبها وما تأخذه بالشفعة، ولا رجوع لها بغلة نصيبها على المشتري، للشبهة.(هـ) الغرض، وفيه كفاية(هـ).

وأجبت عن مسألة بما نصه :

الحمد لله، حيث أسقطتْ عن البنت عيادَة أمُّها الحاضنةُ لها الشفعةَ الواجبة لها في نصف الجنان، ومضى لذلك نحوُ ستة أعوام، ثم قامت البنت الآن تطلبها فإنها لا تجاب لذلك ولا شفعة لها، لأن العلماء قالوا: إن الحاضن في البادية يتنزل منزلة الوصي، وعليه فإسقَاطُها لازم لمحضونتها كإسقاط الوصي شفعة محجوره سواء، لا فرق بينهما. **قال الشيخ التاودي في شرح التحفة** : ويقع في البوادي أن يموت شخصٌ ويحضُنَ الصغير قريبُهُ فهو كالوصي، قاله أبو محمد صالح.قاله الزرقاني.(هـ)، **ومِثلُهُ لابن رحال في حاشية التحفة، وكذا أفتى به أبو الحسن كما في** الدُّرِّ النثير لابن هلال.

قال في البهجة: نقل أي أبو الحسن رواية ابن غانم عن مالك أن الكافل بمنزلة الوصي، ونقل عن شيخه أبي الفضل راشد أن أبا محمد صالح قال: هذه الرواية جيدة لأهل البادية، لإهمالهم الإيصاء والتقديم. (هـ).

قال ابن هلال: وبذلك أقول وأتقلد الفتيا به في بلدنا اليوم، لأنها كالبادية، فالصواب الآن العمل بقول من أنزل الكافل بمنزلة الوصي في البيع والقسمة وغير ذلك. (هـ).

وإذا تقرر عندك أن الكافل بمنزلة الوصي فإسقاطه الشفعة عن محضونه لازم مطلقا، كان نظرا أولا، لأن الوصي كذلك؛ قال في البهجة- على قول التحفة:

والأبُ والوصيُّ مهما غَفَلا * عن حدِّها فحكمها قد بطلا- **ما نصه** :

ومفهوم (غَفَلا) أنهما إذا أسقطاها بالفعل تسقط بالأحرى، وإسقاطهما عند الجهل محمول على النظر، بل ولو ثبت غيرُ النظر، لأنه إذا جرى العمل بالإطلاق في السكوت الذي تارة يَصْدُرُ عن قصد، وتارة لا، فأحرى أن يَجْري في الإسقاط الذي لا يصدر إلا عن قصد، خلافا لما في خليل في الشفعة، حيث قال عاطفا على ما لا تسقط فيه شفعة المحجور: «أو أسقط وصيٌّ أو أبٌ بلا نظر». **قال الإمام الرهوني في حاشيته**: إنه لا فرق بين السكوت والإسقاط، وأن العمل على سقوطها مطلقا لنَظَرٍ أو لغير نظر.

ص 304

قال : وما في خليل خلافُ المعتمَد. (هـ) كلام البهجة.

وكذا تَسْقُطُ شفعة عيادة المذكورة من وجه آخر، وهو أنها لم تكن مالية يوم البيع ولا داخل السنة، وذلك شرط فيها كما قاله ميارة، **ونصُّهُ** :

وشرطُ من يشفع بعد العام * كغائب ومُهْمَلِ الأيتام
كَونُهُ ذا مال بيوم البيع أو * ملْكه في عام ذا البيعَ رووا

ومثله في حاشية بناني وأبي علي بن رحال وحاشية الشيخ الرهوني وأجوبة الشيخ التاودي خلاف ما في التسولي. **وظهر بما قلناه بطلانُ قول من**

قال: (إسقاط الأب والوصي اللذين هما أصل الأولياء من غير نظر لا يجوز، فأحرى الحاضن الذي لم يقله أحد الخ) فقد علمت سقوطه مما تقدم عن الشيخ الرهوني من أن إسقاطهما لازم ولو كان غير نظر.

وكذا قوله: (فأحرى الحاضن الذي لم يقله أحد الخ) **غفلة منه** عن كون الحاضن في البادية يتنزل منزلة الوصي، وكذلك احتجاجه بقول المختصر: «أو أسقط وصي أو أب بلا نظر الخ» باطل أيضا، لما علمت أنه خلاف المعتمد.

على أن الاستدلال به خروج عن الموضوع، إذ لم يثبت هنا سوء النظر وإنما هنا الجهل بذلك، وتقدم أن الأمر عند الجهل محمول على النظر. **وكذا احتجاجه بقول المختصر أيضا:** «وصُدِّق إن أنكر علمه الخ» باطل أيضا، لأنه في الرشيد المالك أمره لا في المحضونة التي أسقطت حاضِنَتُهَا شفعتُها، والله أعلم. قاله وكتبه المهدي لطف الله به.

وسئلت عمن اشترى جزءا في دار بمال كثير فاستشفعه الشريك، فقام البائع وأثبت أن فيه غبنا، وأنه جاهل بقيمة الرباع الخ، فقام الشفيع وأثبت أنه أي البائع عارف ببيع الأصل، وأنه ممن لا يُخدع فيه، وأن قيمة ذلك الجزء هي ما بيع به، وأنه كان يسمسره نحو العامين الخ.

فأجبت: الحمد لله، حيث ثبتَ بالعدول واللفيف أن البائع لهذا الجزء عالم ببيع الأصل وشرائه ممن لا يخدع في ذلك، وأنه تكرَّر منه البيع والابتياع في الأصول، وأن ما بيع به هذا الجزء هو ثمنه المعتاد الخ، فلا يسمع لمدعي الغبن فيه كلام باتفاق، ولا يُلتفتُ إلى ما رامه البائع من فسخ البيع والشقاق. **قال في التحفة:** وأن يكون جاهلا بما صنع .·. **... الخ**(*)، ص 305

(*) ذكر في التحفة أحكام الغبن في فصل خاص، وجمعها في ثلاثة أبيات هي، كما سبقت الإشارة إليها في محلها، وهي قوله:

ومن بغبن في مبيع قاما .·. فشرطُهُ ألاّ يجوز العاما
وأن يكون جاهلا بما سنع .·. والغبنُ بالثلث فما زاد وقع
وعند ذا يُفسخ بالأحكام .·. وليس للعارف من قيام

يعني: من شروط القيام بالغبن أن يكون البائعُ جاهلا بقيمة المبيع، فمفهومه أنه إن كان عالما بقيمته فلا قيام له، وصرح به في قوله: وليس للعارف من قيام. **وقال ابن سلمون بعد ذكره وثيقة الغبن ما نصه:** فإن كان القائمُ بالغبن من أهل المعرفة بتلك السلعة وبسعرها فإنه لا قيامَ له بالغبن اتفاقا(هـ).

وأما ما أثبته مُريد فسخ البيع من جهله فغير مقبول ولا معتبر، لأن بينة المعرفة مقدَّمة على بينة الجهل، إذ الأولى ناقلة، والثانية مستصحبة.

قال في الفائق: الناس فيما ادُّعِيَ عليهم علمه محمولون على الجهل حتى يثبت علمهم بذلك، لقوله تعالى: ﴿ أخرجكم من بطون أمهاتكم لا تعلمون شيئا ﴾. إنتهى. وهو صريح في أن الجهل هو الأصل، وعليه فتُقَدَّمُ بينة المعرفة لقول المختصر تبعا لأهل المذهب: « وبنقل على مستصحِبة »[20].

على أنا وإن سلَّمْنَا أنه لا مُعارض لبينة الجهل فلا يُفسخ البيع هنا، لخروج المبيع من يد المشتري بأخذه بالشفعة، والأخذُ بها بيع، لأن الشفيعَ يدفع للمشتري ثمنه، ويكتب عهدته عليه، ويرجع عليه إذا وجد عيبا أو وقع استحقاق.

ففي الحطاب ما نصه: إذا قلنا بالقيام بالغبن في مسألة بيع الوصي والوكيل وفي غيره، فهل للقائم نقضُ البيع، أو المطالبةُ بتكميل الثمن؟، وكيف لو تصرف المشتري في ذلك ببيع؟.

سئل ابن رشد عن ذلك فأفتى بأن له نقض البيع فيما هو قائم بيد المبتاع لا فيما باعه المبتاع من ذلك فإنه يمضي، وله فيه فضل قيمته على ثمنه يوم بيعه

---

(20) وذلك في الباب المتضمن لأحكام الشهادة والشروط المطلوبة في الشهود كما سبقت الإشارة إليه غير ما مرة.
أي ترجِّحُ البينة الناقلة للملك، كالشاهدة بالشراء من الخصم أو مُورثه على بينة مستصحبة للملك، كالشاهدة بالبناء أو النتاج أو الإحياء (للأرض الموات) أو الإرث.

إلى أن قال: والقول بأن بيع الغبن يُفيتُه البيع واضحٌ، لأنه إذا فات البيع الفاسد، – وقد قيل: إنه ليس ببيع –، فأحرى بيع الغبن، لأنه لا يُنقض إلا باختيار أحدهما، والبيعُ الفاسد يُنقَض جبرا(هـ) بخ، ونظمَهُ ميارة فقال :

ونقضُهُ رجِّح لاكن قُيِدا * بما بقي بيد مبتاع بَدا

وفي نوازل العلمي، – نقلا عن قاضي الجماعة بفاس سيدي محمد بن علي الفلالي – **ما نصه**:

ونُؤكد على متولي حكم النازلة أن يمعن النظر فيها ويُثبت جهده، وينظر إلى أنه إن فات هذا البيع ولو تبين فيه الغبن المتفاحش الذي يقام به في بيع الأب فلا رجوع بعد الفوات، إنما يُنقض ما لم يَفُتْ. **قاله ابن رشد.**

ثم قال: وحيثُ يفوت فالقيمة تُكمَّل على المشتري الخ. **ومثله في جواب للمجاصي قائلا**: ولا نزاع في صحته الخ.

ومثله في جواب لسيدي عبد القادر الفاسي، وأما الفتاوي بفسخ هذا البيع فباطلة لا تغترُّوا بها، والله أعلم. قاله وكتبه المهدي لطف الله به.

ص 306

وأجبت عما يفهم من الجواب، ونَصُّهُ :

الحمد لله، لا شفعة للبنت المرشَّدة بعد مرور سبعة أعوام فأكثر من يوم البيع، والمشتري يتصرف مع مُقَدَّمها بالسكنى والكراء والهدم والبناء وغير ذلك. ففي حاشية الشيخ الرهوني نقلا عن اللخمي ما نصه:

إذا وجبت الشفعة للصغير كان النظر فيها إلى وليه من أب أو وصي أو حاكم، أو من أقامه الحاكم مُقامه فيما يرى من حُسن النظر من أخذٍ أو ترك؛ **ثم قال**: وإن لم يأخذ من له الأخذ ممن ذكر حتى مضت سنة فلا شفعة له الخ.

وفيها أيضا نقلا عن الرجراجي ما نصه: أما تركُ الأب الأخذ بالشفعة فلا قيام للابن فيه بعد رشده، وأما الوصيُّ ومقدَّمُ القاضي أو الحاكم نفسه

فالقول الأول أن الأمر فيهم كذلك وإن كان في ذلك منهم تفريط، كما لو فرط الآخذُ في الأخذ لنفسه حتى خرج وقتُ الشفعة، وهذا قول مالك وابن القاسم وأشهب في المجموعة.

وقال آخرون: **له القيام**، وهذا مبني على أن الشفعة طريقُها طريق البيع أو الاستحقاق(هـ).

يعني فعلى أنها بيع فلا يلزم الوليَّ أن يأخذ بها لمحجوره، وعلى أنها استحقاق فيلزمه، والمشهور الأول.

قال أبو علي بن رحال في حاشية التحفة على قول المختصر: «وللولي ترك التشفع والقصاص فيسقطان»[21] ما نصه: ويدخل في قول المتن (تَرْكُ) الخ، سكوتُ الولي، والمشهورُ أن الشفعة من باب البيع، وقيل من باب الاستحقاق.

وإذا تبين ذلك وترك الولي شفعة المحجور والأخذَ نُظِرَ، فلا شفعة للمحجور على أنه بيع إن رُشِّدَ، لأن الولي لا يلزمه أن يشتري للمحجور، وعلى أنه استحقاق فله الأخذ إن رُشِّدَ، وعدم الأخذ إن رشد هو لأبي عمران، وظاهر المدونة ونص المجموعة: والأخذ إنما هو لابن فتوح(هـ).

---

(21) وذلك في الباب المتعلّق ببيان أسباب الحجر وما يتصل به من أحكام، والذي بدأه بقوله: «بابٌ، المجنون محجور للإفاقة، والصبيُّ لبلوغه بثمان عشرة أو الحُلُم أو الحيض أو الحمل، أو الإنبات.. الخ.

والمعنى: ولولي المحجور، من أب أو غيره، ترك الأخذُ بالشفعة، الثابت لمحجوره في الشقص الذي باعه شريكه من عقار قابل للقسمة إن كان الترك نظرا، ويسقط به حق اليتيم فلا يقوم به إذا رشد، فإن كان الأخذ نظرا فليس للولي تركه، وإن تركه فللمحجور إذا رشد القيامُ به كما سيأتي للمصنف في قوله في أثناء باب الشفعة: «أو أسقط أبٌ أو وصيٌّ (الشفعة للمحجور) بلا نظر».

كما أن للولي تَرْكَ القصاص الثابت للصغير من جان عليه، وأخْذَ الدية إن كان محتاجا لها، والقصاص إن كان غنيًا، وإن تركه الولي فللمحجور بعد رشده القيام به، وإن ترك الولي التشفع والقصاص على وجه النظر فيسقطان، فليس للمحجور قيام بهما بعد رشده. ولا يعفو الولي مجّانا عن جان على محجوره، عمدا أو خطأ، إلا أن يعوض الوليُّ محجوره من ماله نظير ما فوَّتَهُ عليه بعفوه.

وفي أبي الحسن: إن ترك الأب فلا شفعة للولد على الراجح، وإن ترك الوصي فقولان متكافئان، وإن ترك مقدَّم القاضي فالراجح الأخذ للمحجور الخ، ونقله الرهوني واعترضَه، وانفصل على أنه لا شفعة للمحجور إذا سكت عنها مُقَدَّمه سنة فأكثر، ونصه بعد كلام: وفي قوله (متكافئان) نظرٌ، ويكفي في ترجيحه ما قدمناه؛ **وكذا قوله (في مقدَّم القاضي)**؛لأنه مخالف لما تقدم من نقل ابن عرفة عن ابن يونس عن ابن المواز مقتصرا عليه، وقد نقل أبو الحسن نفسه ذلك، **ونصُّه**: ابن يونس: وقال ابن المواز: إذا كان للصبي والمولَّى عليه أب أو وصي أو من جعله القاضي يليه فيكون تركه لذلك سنة بعد علمه به يقطع الشفعة(هـ). وقد تقدم في كلام اللخمي الجزمُ بتسوية مقدم القاضي للأب والوصي، وكذا في كلام الرجراجي.

وقال سيدي عبد القادر الفاسي في جواب له: إن الذي في المدونة أن مقدَّم القاضي كالوصي في جميع أموره(هـ). وسلم كلامها أبو الحسن، وذكر نصَّها الحطاب في باب الحِجر، قف على تمامه.

ص 307 وبه يظهر ما في اقتصار التسولي في شرحه للتحفة على كلام أبي الحسين، مع أنه مخالف للمشهور وللمدونة ولما جرى به العمل من تنزيله. أي مُقَدَّم القاضي منزلة الوصي في جميع أموره، والله أعلم، قاله وكتبه المهدي لطف الله به.

وسئلت عمن اشترى جزءا امتناعا في طرازين فشفعه الشريك من يده، فقام البائع وأثبت أن في بيعه بخسا وغبنا، فحكم القاضي بفسخ البيع، ثم حضر المشتري وأنكر شركة الشفيع في الطرازين من أصلها، فأثبتها الشفيع ببينة اللفيف وامتنع من إعطاء النسخة منها للمشتري بقصد الإعذار إليه، الخ.

فأجبت : الحمد لله، إشهاد المدعي أعلاه أنه أخذ بالشفعة لا يصح حتى تثبت شركته في الطرازين، إمّا بتسليم المشتري لها أي الشركة، وإما

بالإعذار إليه في البينة التي احتجَّ بها وعجز المشتري عن الدفع فيها، وأما أخذُه بالشفعة قبل الأمرين معا كما هنا فلغْوٌ لا عبرةَ به، **ولذا قال الشيخ الرهوني في حواشيه**: لأن الثبوت على ما يجب إنما يكون بعد الإعذار والعجز. ثم وجدت في الحطاب عن ابن رشد ما هو نص في ذلك الخ؛ والشاهدُ منه قولُه (والثبوت على ما يجب إنما يكون بعد الإعذار الخ)، تأملْه.

ثم إن أثبت الشركة على ما يجب فله الشفعة، خلاف ما حكم به القاضي فلا عبرة به، **لأن الأخذ بالشفعة بيع على المشهور، والبيعُ يفيت القيام بالغبن فلا يُفسخ، ولو ثبت فيه الغبن**، لاكن الشفعة هنا بقيمة المبيع لا بثمنه الذي بيعَ به، لأنه لما فات بالشفعة وهي بيع وجبت فيه القيمة لا الثمن.

قال الشيخ التاودي – على قول التحفة في فصل الغبن – (وعند ذا يُفسخ بالأحكام)، أي عند توفر الشروط يفسخ بيع الغبن بالأحكام – **ما نصُّهُ**: ويرجع المبيعُ لملك ربه ما لم يفُت من يد مشتريه ببيع أو نحوه فيمضي بتمام القيمة... الخ، والله أعلم، قاله وكتبه المهدي لطف الله به.

وسئل العلامة المحقق السلجماسي عن رسمين، مُضَمَّنُ الأول منهما :

الحمد لله، بمحضر شهيديه اعترفَ فلان أنه كان فيما سلَف بنحو عشْر سنين باع من فلان جميعَ الفدان الكائن في كذا، حُدوده كذا، بيعا صحيحا، وتوصل بالثمن من يد المشتري، إلاَّ أنه نسي قدر الثمن، حضر معه المشتري فلان المذكور، ووافقه على ما قال ونسي الثمن أيضا، وأن عقد الاشتراء تلف له الخ.

ومضمن الرسم الثاني: **الحمد لله**؛ أشهَدَ الفقيه الأجل فلان قاضي بلد كذا أنه حكم بأنه لا شفعة لفلان النائب عن فلانة أخت البائع المذكور على فلان المذكور، لادعائهما أي المشتري والبائع نسيان قدر الثمن المبيع به الفدانُ، اعتمادا منه في حكمه على قول ابن سلمون: (وإن جُهل الثمن سقطت الشفعة الخ) ولم يَحْكِ خلافه، وعلى ما نقله الحطاب في آخر نقْلِه ص 308

عن أبي الحسن في مسألة الاختلاف في قدر الثمن، **ونصُّه**: الشيخ وغيره: أعدَلُ الأقاويل أن تسقط الشفعة لنسيان الثمن... الخ؛ هل ما قُيِّد في الرسمين يُسقط شفعة المرأة إذا قامت بذلك أم لا؟.

فأجاب بأنه إذا تم للمرأة استحقاقُ نصيبها فما باعه أخوها كان لها الشفعة فيه، والحكم المسطَّر بسقوط شفعتها غير تام من وجهين:

أحدهما عدَمُ حلف المشتري على نسيان مقدار الثمن، وقد نص غير واحد من الأئمة على لزومها له على تقدير قَبول دعوى النسيان منه.

الثاني: ظاهر كلام الأئمة أن المشتري لا يُصَدَّقُ في مثل المدة المذكورة في الرسم الأول أنه نسي الثمن، وإنما يُقبل ذلك منه إذا طال الزمان جدا، والعشرة الأعوام لا يقال فيها: طولٌ جدا.

ويشهَدُ لما ذكرنا ما نقله الحطاب وغيره عن اللخمي من قوله: أخْتُلف إذا قال المشتري: نسيتُ الثمن وطالت السنون، فقال ابن القاسم في كتاب محمد: الشفعة ساقطةٌ إذا مضى من طول السنين ما يندرس فيه العلم وتموت البينة وترفع فيه التهمة؛ **قال**: وإن كان على غير ذلك فالشفعة قائمة بقيمة الشِّقص. **وقال ابن عبدوس**: **قال ابن الماجشون**: إذا جاء الشفيع إلى ولد المبتاع بعد طول الزمان حلف الولد ما عنده علم ذلك ثم يأخذ بالقيمة، وكذلك لو كان المبتاع حيا وقال: لا أدري بكم إشتريت فليحلف؛

قال اللخمي بعد هذا: فأسقطها ابن القاسم إن طالت السنون، وأثبتها ابن الماجشون بالقيمة(هـ). **وقال الإمام رضي الله عنه في الغائب**: إنه على شفعته، إلاَّ أن يقوم بعد طول الزمان مما يُجهل في مثله أصل البيع ويموت الشهود، فأرى الشفعة منقطعة، فأما في قرب الأمر مما يرى أن المبتاع أخفى الثمن لقطع الشفعة فلتُقَوَّمْ الأرض على ما يُرى من ثمنها يوم البيع فيأخذ به(هـ).

ففرضُ الأئمة المسألة التي تنقطع فيها الشفعة بالطول في مضي الزمان الذي يندرس فيه العلم وتَهلك البينة دليلٌ على أن العشرة الأعوام ليس مما يُقبل فيه دعوى النسيان، فيُتَّهَمُ المشتري فيها بإخفاء الثمن، فلا تسقط الشفعة، وفرض ابن هلال المدة التي يُشْبِهُ أن ينسى فيها بعشرين سنة وما قاربها مثل خمسة عشر عاما. **ويدل على أن ما دون الخمسة عشر عاما قليلٌ** أن الفقهاء لما شرطوا في قبول شهادة السماع طول الزمان حَدُّوه بالثلاثين والأربعين سنة، وأقلُّ ما قيل في ذلك خمسَ عشْرة سنة، وما ذكرنا من لزوم اليمين للمشتري -على تقدير قبول قوله- تقَدَّم التصريح به في كلام ابن الماجشون، ولا يخالِفُهُ الإمام ابن القاسم في ذلك كما لا يخالفه في عدم سقوط الشفعة بدعوى نسيان الثمن في الزمان القريب، وإنما المخالفة بينهما في دعوى ذلك مع طول الزمان الذي يُشبه أن ينسى فيه، فابن القاسم يرى سقوط الشفعة، وابن الماجشون يرى ثُبوتها بالقيمة.

ص 309

وأيضا؛ القاعدةُ المقَرَّرة عند الأئمة أن كل دعوى لو أقر بها الخصم لا تنفع المدعي بإقراره، فإنه إذا لم يقر وأنكر تعلقت عليه اليمين(هـ).

ولاشك أن المشتري هنا لو أقر بمعرفة الثمن لانْتَفع الشفيعُ بإقراره، فتتوجَّه عليه اليمين إذا أنكر معرفَة الثمَن بمقتضى القاعدة المذكورة، **والحكمُ بسقوط الشفعة قبل يمينه نقْصٌ.**

ومما يتبين به بطلان الحكم أنه وقع بدون إعذار للمحكوم عليه في حجة خصمه، بل الذي تعطيه ألفاظ التسجيل أن ألفاظ (إنما بنى حكمه على مجرد دعوى المتبايعين نسيان الثمن، لقوله: أشهدَ القاضي) أنه لا شفعة لفلان، لادعائهما أي البائع والمشتري نسيان الثمن، فظاهره أنَّ ادعاءهما وحده موجب للحكم بسقوط الشفعة، وقد كان من الجائز أن يُثبت القائم بالشفعة مقدار الثمن ببينة لو أعذر إليه، وحيث لم يُعذِر القاضي إليه لم

ينفذ حكمه عليه، **وزعْمُ القاضي** المسجل عليه أنه لا نص في نقضه، وأن ابن زرب قال: الزمان الذي يَبيد فيه الشهود عشرُ سنين أو ثمان، يريد في تلك المدة ينسى الثمن، باطلٌ.

أما الأول، ففي تاسع مسألة من مسائل الأقضية من كتاب الدُّرِّ النثير، التصريحُ لأبي الحسن الصغير بنقض الحكم المسجل قبل اقتضاء اليمين التي تتوجه على المحكوم له أو ما يقوم مقام اقتضائها من إسقاطها، وهو نص واضح معتبر.

وأما الثاني فإن كان مرادُهُ كلام ابن زرب في مسألة دعوى الوصي أنه دفع لليتيم المرشَّد ماله فلم ينقل المتيطي عنه في المسألة إلا قوله: يحلف الوصي في تلك المدة ويبرأُ،ولم يذكر بيد الشهود، ومن تعرض لهلاكهم كابن القاسم حَدَّ المدة بعشرين سنة فأكثر، والله أعلم.(هـ). **وتبعه على ذلك جل علماء الوقت**، منهم الفقيه الأجل المرحوم بكرم الله سيدي المحجوب ابن الحرار المصلي، والإمام العلامة آخر قضاة العدل سيدي أبو القاسم العميري، والقاضي الأجل الحجة الأمثل سيدي عبد العزيز ابن محمد المراكشي، وسيدي أحمد بن ابراهيم الحطائي وغيرهم، كَالعلامة الحجة سيدي عمر الفاسي، **ونصُّ ما كتبه**:

ص 310

الحمد لله؛ ما سُطِّر أعلاه - من إلغاء الحكم بسقوط الشفعة - صحيح، أما ما ذكره من عدم الإعذار ففي المعيار عن ابن رشد: الحكم بغير إعذار **باطل** على ما قاله أهل المذهب؛ وأما ما ذكره من اشتراط طول المدة **فلابد منه**، صَرَّحَ به غيرُ واحد من أهل المذهب، وليست العشرة بهذه المثابة أي مظنة النسيان، ولو سُلِّمَ فقد توجد البينة الشاهدة بقدره، فإن فُقِدت فلابد من اليمين، وكيف يحكم بسقوط الشفعة قبلها.

وبالجملة، الحكم المذكور باطل لا عمل عليه، وكتب عمر بن عبد الله الفاسي لطف الله به(هـ).

وأجاب غيره بعد كلام: **الذي للقاضي عبد الوهاب في (غُرر المحاضرة)** فرضُ المسألة في تجاهل المشتري والشفيع، **ونصُّهُ**: وكذلك الشفيع والمبتاع إذا تجاهلا ثمن المبيع سقطت، وذلك إذا طال الزمان ،بعد يمين المشتري أنه ما يعلم بما اشتراه، فإن أبى اليمينَ يُسجن حتى يحلف، قاله مالك(هـ).

وفي جواب آخر؛ الحكم بغير إعذار لا يجوز. ففي الحديرية لابن الحاج أن الحكم بغير إعذار غير صواب ولا هو من وجه الحكم.

ومثلُهُ لأبي القاسم البرزلي حسبما نقله عنه حلولو، واشتراطُ المدة المذكورة في قبول دعوى نسيان الثمن صحيحٌ، بل هو المذهب. **وقولُ ابن زرب، المنقولُ أعلاه لا دليل فيه، بل هو باطل بالضرورة، ولو سُلِّم كان شاذا، والاعتمادُ عليه اعتقادا وحكما حكمٌ بغير المشهور، والحكم بغير المشهور باطل، صرح به غير واحد من أهل المذهب، الخ.**

وسئل السجلماسي أيضا عن نازلة تقرب من هذه.

فأجاب بأن حُكم القاضي بسقوط شفعة المرأة لعلة نسيان الثمن يُؤْذن بصحة ملكيتها لنصيبها الذي تستشفع به، وذلك هو مقتضَى اعتراف المشفوع من يده لها بأن الأرض التي بيده كانت لأبيها، وأنه اشتراها من الورثة حسبما تضمنت ذلك رسومٌ بيد وكيل المرأة لا مدفعَ فيها للذي الأرضُ بيده، وإذا كان كذلك فقيام الوكيل لطلب الشفعة من المشتري وهو يأبى، معتلاًّ بجهل الثمن الذي لم يُصَدِّقه أكثر الفقهاء، فيه موجب أن لا يحكم على الوكيل في حرث الأرض بحكم الغاصب، مع أن الأئمة نصوا على أن الشقص المشفوع يُمْلَكُ بأحد ثلاثة أشياء، **أشار إليها صاحب المختصر بقوله**: «ومُلكَ بحكْم أو دفْع ثمن أو إشهاد»،[22] **وهو مثل قول ابن الحاجب**: «ويملَكُ بتسليم الثمن أو بالإشهاد أو بالقضاء». **التوضيح**: ويملك الشفيعُ ص 311

(22) تقدمت العبارة في تعاليق سابقة من نوازل هذا الباب.

الشقص بأحد ثلاثة أمور، بتسليم الثمن إلى المشتري وإن لم يرضَ، أو بمجرد الشهادة بالأخذ، أو بالحكم له بذلك، وهكذا في الجواهر(*) (هـ).

وحينئذ فإن لم يكن خصام الوكيل وإظهارُهُ الرغبة في الشفعة مُنَزَّلاً منزلة الإشهاد بالأخذ بها وموجبا لملك الشقص المشفوعِ فلا أقلَّ من أن يكون ذلك شبهة ينتفي بها عنه العَدَاءُ في الحرث، ولاسيما حيث كتب له الأكثر من الفقهاء بعدم سقوط الشفعة بما ادعاه المشتري من نسيان الثمن في الأمد القريب، فإن مثله في قلة المعرفة ربما يعتقد أن كتابة الفقهاء به حُكْم بالشفعة له. وفي **المعيار: قاعدتُهم أن من ادعى الجهل فيما يجهله أبناء جنسه غالبا فالقولُ قوله في جهله.** (هـ)، وفيه كفاية، وبالله التوفيق.

وسئل أيضا عن أرض موروثة بين أناس على الإشاعة وليست أنصباؤهم على التساوي، فاشتغلوا يبيعون من غير علم بعضهم، فلما شعر بعض الشركاء بالبيع طلب الشفعة فمنعه المشتري من ذلك؛ إما بجاه وغلبة لا يتوصل المشتري معه إلى حق، أو صُحبة مخزن متلبس بالظلم أو ما أشبه ذلك، مما لا يتوصل معه للحق في الوقت، فهل يبقى صاحب الشفعة عليها وإن طال الزمان من أجل ما ذكر أم لا؟، وهل ذلك البيع صحيح أم لا؟، وإن قلتم بالصحة وغاب المشتري غيبة طويلة يتعذر معها قدومه، مثْلُ السجن عند السلطان، وطلَبَ بعض الشركاء من شركائه البائعين له القَسْمَ فامتنعوا لانتظار قدوم المشتري وحضُوره، تمردا منهم ورجاء أن يقدم فيمنع الشركاء من القسم لجاهه وغلبته ويستبدَّ بما باعوا له من حقوق الشركاء، فيبقى تحت يده ملكا له يأكله ظلما كما كان قبل، فهل يُجابون لانتظاره أو يكفي حضور البائعين له ويقسمون مع أشراكهم ويحُوزون أنصباءَهم إلى قدوم المشتري ويدفعونها له أو لأوليائه، صيانة لحقوق أولائك الأشراك من أكلها وغصْبها، لأن البائعين ما انتظروا

(*) المراد به كتاب: "الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة"، تأليف الإمام العلامة أبي محمد عبد الله بن نجم بن شاس، ت: 610 هـ

حضور المشتري منهم وقدومه إلا لأجل ذلك؛ فإن قلتم بالاكتفاء فذلك، وإن قلتم بعدم الاكتفاء ولابد من حضوره وتعَذّر، فهل يُكَلِّفُ القاضي أولياءه بالنيابة عنه أو يُوَكِّل غيرهم من جماعة المسلمين يقفون على تعيين حقه؟

وأيضا إن امتنع الشركاء والبائعون له من القسمة وأولياؤه من النيابة عنه، هل يكلفهم الحاكمُ بذلك ويجبرهم عليه أم لا؟، أجيبوا مأجورين؟.

ص 312 **فأجاب** : **الحمد لله**؛ الجوابُ – **والله الموفق للصواب** – أن البائعين إذا باع كُلٌّ واحد منهم من الأرض المشتركة جزءا شائعا قدْرَ نصيبه فأقل كان لشريكهم الشفعة في ذلك بشروطها المقررة في الفقه، وإن تعَدَّوا وباعوا أكثر مما لهم فلمن لم يبع أخذُ الزائد من يد المشتري بالاستحقاق وأخذُ حظوظ البائعين بالشفعة إن شاء.

ففي أحكام ابن سهل أن ابن عتاب سئل عن رجل مشترك مع زوجته بالنصف على الشياع في أملاك باع جزءا منها.

فأجاب: إن كان الرجل باع النصف أو أقل منه كان لها الأخذُ بالشفعة، وإن باع أكثر من النصف انتقض البيع فيما باعه من حصتها. (هـ) بخ.

وقوله: (إنتقض البيع.. الخ) **يريد**: ولها الشفعة في حصّة الزوج، هذا إذا كان المبيع كله على الشياع، وإذا كان شيء منه معَيَّنا كموضع كذا فالحكم فيه ما ذكره اللخمي في تبصرته حيث قال: إذا باع أحد الشريكين لنفسه طائفة بعينها كان شريكُه بالخيار بين خمسة أوجه؛(*) بين أن يُمضيها للمشتري ويُبقي له ما لم يبع، أو يكون ما لم يبع شركة بينهما وما بيع بينهما، أو يردَّ البيع في نصيبه من المبيع ولا يشفع، أو يشفَعَ، أو يدعو إلى القسمة، فإن صارت الطائفة المبيعة للبائع مضى بيعه، وإن صارت للآخر كان بالخيار في إجازة البيع ورده، وإن صار بعضُها عند من لم يبع، فإن أجاز البيع

(*) في طرة الصفحة الأصلية عند هذه الفقرة، العبارةُ الآتية: «أيْ باعها عن نفسه فقط ولم يبعها عن بقية الشركاء». مؤلف.

فيها مضى البيعُ، وإن ردَّ البيع في نصيبه كان للمشتري أن يرد البيع فيما بقي، إلا أن يكون الذي رده الشريك يسيرا من الطائفة المبيعة فلا يكون له رد الباقي. (هـ) الغرض بنقل الحطاب.

ثم إن طلب القائمُ الشفعة حيث تجب له فإنه يُقضَى له بها ولا تنقطع بمرور سنة ولا أكثر إذا كان لا يقدر أن يتوصل إلى الحق طول سكوته لظلم المشتري كما في السؤال، قال في التحفة :

وغائبٌ باق عليها وكذا * ذو العذر لم يجدْ إليها مَنْفَذا

قال الشيخ ميارة - بعد أن نقل عن الشارح تفسير ذي العذر بالرجل الضعيف - **ما نصه** : ويدخل في ذلك ما إذا كان المشتري يُخاف منه أن يشفع من يده (هـ) . **ويؤيد زيادة ميارة ما نقل هو وغيره عن المنتخب** - فيمن حضَر قَسْم التركة ثم قام بعد ذلك بذكر حق له على الميت - قال عيسى : لا شيء له، إلا أن يكون له عذر في ترك القيام، كأن يكون لهم سلطان يتمنعون به ونحوُ هذا مما يعذر به فهو على حقه أبدا وإن طال زمانه (هـ) بخ.

ص 313 وإذا ثبت عذر الشفيع بالخوف والتقية فلا فرق بين أن يكون قد استرعى قبل السنة أنه على شفعته أو لم يسترع كما في الدر النثير عن الشيخ أبي الحسن الصغير.

إذا تقرر هذا فلا يمنع من القضاء بالشفعة للذي وجبت له غيبةُ المشتري المشفوع من يده وتعَذُّرُ حضوره وحضور بعض الشركاء، والحاكمُ يقوم مقام من ذُكر. وقد نص ابن عتاب على أنه يُقضَى على الغائب بالشفعة وتُرجى له الحجة، وأطال في الاحتجاج في ذلك. ونقل ابن سهل كلامه بطوله.

وفي التبصرة الفرحونية ما نصه: قال ابن رشد : إذا قام الشفيع يطلب الأخذ بالشفعة، ورَفَعَ ذلك إلى حاكم، حَكَمَ له بالأخذ من المستشفَع منه بعد ثبوتِ ملكهما وثبوتِ الشراء وثبوت غيبة المبتاع إن كان غائبا، وتُرجى له الحجة. **وقوله**: (بعد ثبوت ملكهما يعني أن الشفيع يلزمه أن يثبت

ملكيته للحصة التي يريد أن يستشفع بها، ويُثبت ملكية البائع للحصة التي يَريد أخذها بالشفعة، ويُثبت شراء المبتاع من شريكه القائم بالشفعة. (هـ) كلامُ ابن فرحون.

وكما يحكم الحاكم بالشفعة على الغائب كذلك يَقْسِمُ عليه وعلى الحد، أي التحديد والقَسْم بين الشركاء إذا ادعى شريكٌ للقسمة، ويُقيم - أعني الحاكم - وكيلا لمن لم يحضر يقبض نصيبه له.

أما القسم على الغائب فهو حتى في متن المختصر في قوله: «كقاض على غائب» [23]**، وأما القسم على الملدِّ، كممتنع فقال ابن فرحون في القِسم الثالث من كتابه التبصرة ما نصه: قال ابن لبابة وابنُ وليد وابن غالب**: إذا توارى أحدُ الشركاء عن الحضور للقسمة وظهر ذلك للقاضي باتصال تَواريه أو طول التردد في طلبه لحضور ذلك فلم يحضر، أَمَرَ القاضي قاسما يرضاه ورجلين يَقبل شهادتهما على الشريكين يَحْضران القسمة ووكيلا يُقيمه ويوكله للغائب وكالة شهد له القاضي بها، ويذكر في كتاب القَسْم المعنى الذي وكله لأجله من ثبوت التواري عنده، فما حصل للغائب قبَضَه وكيله، وكان قبضه له بأمر القاضي كقبضه لنفسه لو كان حاضرا(هـ). وقد نقل المسألة في الباب الثاني والعشرين، ونقله صاحبُ المعيار أيضا، وأصلُها في أحكام ابن سهل، ولا يشترط فيمن يُوكله القاضي للغائب أن يكون من أوليائه كما يظهر من النص المتقدم، **وبعد هذا النقل لا يخفى عليك شيءٌ من فصول السؤال**، وبالله التوفيق.

---

(23) وذلك في آخر باب القسمة. وفي سياق ما لا يجوز قَسْمه عن الغير حيث قال في ذلك: «وقسَمَ عن صغير، أبٌ أو وصيٌّ وملتقطٌ، كقاض عن غائب.. الخ».
والمعنى: وإن أراد الشركاءُ قسم المشترك بينهم، وفيهم صغير، قسم عن الصغير أبٌ له مُسلمٌ، لأنه وليُّه، لا يقسم عن ابنه البالغ الغائب، كما يقسم عن الصغير وصي من الأب، أو مقدَّمٌ من القاضي على يتيم لا وصيَّ له، وكذا يقسم ملتقط عن لقيطه، والقاضي عن رشيد غائب، فيجوز قسْمه عنه إن طلبه شركاؤه. ففي المدونة لابن القاسم: إذا ورث قومٌ شقصَ دار، والشريكُ غائب فأبوا القَسْم فالقاضي يلي ذلك عن الغائب ويعزل حظه.. الخ.

وسئل أيضا عما إذا أخذ بالشفعة الشقصَ كله أحدُ الشركاء فيه،
ص 314 **وباقيهم حضورٌ ينظرون وسكتوا إلى أن مضت السنة وهو في يده، ثم قاموا يريدون أخذ أنصبائهم منه أي من شريكهم، فامتنع محتجا عليهم بسكوتهم السنة**، هل يمكَّنون منها ولا يضرهم سكوتهم أو يكون الحكم فيهم حكم ما لو بقي الشقصُ بيد مشتريه ولم يشفع أحد قط؟، وقد رأيتُ هذه المسألة وقعت ولم يجد المتكلم فيها نصا يعتمد عليه، أو يقال: إنه يفوت عليهم بمنزلة من بِيع عليه ملكه وهو ساكت لا ينكِر، لأن الشفعة بيعٌ على خلاف فيها، أم كيف الأمر الخ؟.

فأجاب : وأما مسألة الشفعة **فلم أقف على نص صريح في عينها بعد البحث جهد الاستطاعة**، والذي يظهر أن الحد الذي تسقط به الشفعة لا فرق فيه بين السابق للأخذ من يد المشتري وبين من يقوم بعده، ولا وجه للزيادة على الحد في حق الثاني، وهذا مقتضَى نصوص الفقهاء، وربما يؤخذ هذا الحكم بالأحروية من مسألة اجتماع الشفعاء وفيهم أقربُ وأبعَدُ، **قال فيها ابن رشد**: ليس للأبعد أن يأخذ بالشفعة حتى يوقف الأقربَ، فإمّا أخَذَ أو تَرَك، **ثم قال**: وإذا لم يقم واحد من الشفعاء لا أقربُ ولا أبعدُ حتى مضى أمَدُ انقطاعها على الاختلاف في ذلك بطلت شفعتهم جميعا، القريب والبعيد، **ولا حجة للبعيد في أن يقول**: إنما سكتت لأنه كان أمامي من هو أحق بالشفعة مني، فلما رأيت الأمد قد تم له طلبتُها أنا، لأن سكوته عن أن يقوم بشفعته فيأخذ بها إن كان الأقرب غائبا، أو يوقفه على الأخذ إن كان حاضرا، مُسْقِطٌ لحقه فيها. (هـ) **بنقل الحطاب، وهو في المعيار أيضا(هـ)**.

وسئل أيضا فأجاب : إنَّ لمن كَمُلَ له الاستحقاق في نصيب من الملك أن يأخذ ما كان بيع منه بالشفعة ولو طال ما بين زمان البيع وزمان الاستحقاق. **ففي بعض أجوبة الشيخ أبي الحسن الصغير عن مسألة**، وهي أخٌ ورث هو وأختُه أملاكا، فتزوجت الأخت وبقيت الأملاك بيد أخيها نحو

الأربعين سنة، ثم إن الأخ اشترى شقصا من شريك لهما في موضع وبقي بيده، وعلمتْ الأخت باشترائه وبأن لها الشفعة، ثم ماتت الأخت والأخ، فقام ورثتها على ورثته يطلبون نصيب الأخت وغلَّة ذلك النصيب، ويطلبون الشفعة فيما اشتراه الأخ من الشريك، فهل سكوتها مبطل لذلك أم لا؟، **فقال الشيخ المذكور مجيبا عن ذلك**: الأصلُ لها ولا إشكال، والغلةُ لها بثبوت خوفها من القطيعة، إذ ذاك معلومٌ من أحوال الناس، **ثم قال: ولها الشفعة، فإنها تقول: لم أُمَكَّن من الأصل، فكيف أُمَكَّن من الشفعة التي هي تابعة، فالمانع لها من الأصل هو المانع لها من الشفعة. (هـ) الغرض بخ.**

ص 315 **وممن أفتى برد الغلة القاضي ابن رشد، وأبو الفضل راشد، وأبو محمد صالح؛ ومُقابل هذا القول نقله في المعيار من رواية عيسى عن ابن القاسم، وذلك في جواب لأبي عمران قال فيه**: وجعل - يعني ابن القاسم - السكوتَ مع الزمان الطويل كالإذن المصرِّح بالهبة من الأخوات لإخوانهن، وروى ابن حبيب عن جماعة من أصحاب مالك أنهن على حقهن في الغلات، وأن السكوت لا يدل على الإذن(هـ) . **وهذا حكم الأخ مع أخته.**

وأما ابن الأخ فإن علم بشركة عمته أو ورثتها معه في ثلث الأملاك فيجري فيه ما جرى في حق أبيه من الخلاف المبني على الخلاف في السكوت، هل يدل على الإذن أم لا؟، وإن لم يعلم وظن أن تلك الأملاك لوالده وحده كان صاحب شبهة، ولا يرد الغلة، لقول المختصَر: «والغَلَّةُ لذي الشبهة أو المجهول للحكم،كوارث وموهوب ومشتر لم يعلموا»[24](هـ). وبالله التوفيق.

(24) وذلك في أوائل فصل الاستحقاق، الذي سبقت الإشارة إليه، وإلى أوله في نوازل بابه من هذا الجزء، وكذلك في الهامش(5) من نوازل الشفعة.
والمعنى: أن الغلة الناشئة من الشي المستحق لحائزه ذي الشبهة في حوزه قبل استحقاقه، كمكتر ومشتر، أو المجهول حاله الذي لم يُعلم، أهو غاصب أم ذو شبهة، وينتهي استحقاق الغلة من الحائز ذي الشبهة كوارث مثلا وموهوب ومشتر منه، إلى حين الحكم بالاستحقاق ثم تكون من يوم الحكم للمستَحقّ.=

وسئل أيضا عن شريك باع ثلثه في بقعة وقام شريكه بعد مدة يطلب الأخذ بالشفعة مدعيا أنه لم يعلم بالبيع إلى الآن، وأنَّ تقارُرَ المبتاع والبائع بقدم البيع عن تاريخ الرسم بأربع سنين كـذِبٌ، وإنما وقع في تاريخ الرسم، فهل القول له أو للمشتري؟.

فأجاب بأن الشفيع على شفعته، لا يسقطها مرور المدة المذكورة على تقدير ثبوت البيع، والقول قوله أنه لم يعلم إلا في حين قيامه أو قبله بمدة لا تنقطع الشفعةُ بمرورها، وعليه اليمين. **قال ابن هلال: قال صاحب البيان**: إن قال الشفيعُ: لم أعلم بالبيع فالقول قوله مع يمينه وإن كان حاضرا بالبلد وإن بعد أربع سنين؛ قاله ابن عبد الحكم(هـ)؛ هذا إذا ثبت تقدُّمُ البيع وأدى بذلك شهودُ الرسم بأن كان المتبايعان إشهادُهما في ذلك التاريخ المتقدم عن ذلك الرسم بنحو أربع سنين، وأما إذا لم يُؤَدِّ الشاهدان بذلك وقالا: إنما شهدنا على تقارر المتبايعين، ووقع النزاع في مدة التبايع، فالقول في ذلك قول الشفيع أن البيع وقع عن قرب.

قال ابن عات: إن اختلفا في مدة الابتياع فقال الشفيع: وقع منذ شهرين، وقال المشتري: منذ عامين، ولم تقم لواحد منهما بينة فلابن فُتُوح في وثائقه أن القول في ذلك قول الشفيع مع يمينه، لأن الشفعة قد وجبت له بالبيع، والمشتري مدَّعٍ تاريخًا يُسقط ما ثبت له، إنتهى.

فتحصَّل أن الشفعة واجبة للشفيع في النازلة على كل حال حتى يثبت بالبينة التي لا مدفع فيها تقدمُ البيع وعِلْمُهُ، والله أعلم.(هـ).

= قال الإمام الحطاب هنا رحمه الله: ظاهر قول المصنف هنا في المختصر.. «كوارث» أن الغلة للوارث، سواء كان من غاصب أو مشتر، وليس كذلك. فإن وارث الغاصب لا غلة له باتفاق، سواء انتفعَ بنفسه أو أكرى لغيره، قال ذلك ابن عبد السلام والمصنف في التوضيح، ولذلك قال هنا: «إن لم يعْلَموا» أي الوارثُ والموهوبُ له والمشتري منه بالغصب، **قال في المدونة**: من ابتاع من غاصب ولم يعلم فالغلة له..الخ.

ص 316 **وسئل أيضا عن رجل باع ثلاثة أرباع داره لرجل آخر، ثم بعد مدة ماتا معا عن ورثة متعددين،** فجاء بعض ورثة المشتري لرجل من ورثة البائع يريد قسمة الدار قائلا له: إني اشتريت نصيب والدي ممن خرج في حظه من إخوانه، فاعتذر له بعدم إمكان قسمتها لما في داخلها من النواويل وغيبة إخوانه من الورثة، فلم يَقبل ذلك منه وقسماها من خارجها حالة كون وارث البائع المذكور يقول له: إذا ثبت اشتراؤك فأنا آخُذُ بالشفعة، وتقيَّدَ ذلك في مقالهما، ثم بعد القسمة تبين أن البيع لرجل أجنبي، هل لهذا الرجل أخذ ذلك بالشفعة ولا يضُرُّهُ ذلك، أم لا وينتفع غيره من بقية ورثة والده؟، وهل حضور البعض يكفي عن الباقي؟، وإذا شك في ثمن الاشتراء هل يحلف المشتري أم لا؟.

فأجاب بأن قسمة الواحد من ورثة البائع لا تمضي على غيره، فإذا حضر الغُيَّابُ أو بعضُهم فلهم نقضها، وإذا انقضت وثبت بيع الثلاثة الأرباع وجبت لهم الشفعة، ولا يتوقف أخذُ من أرادها منهم على حضور بقيتهم، والشك في الثمن، وخوفُ الشفيع الزيادة، يوجب الحلف على أن الثمن المسمَّى حقيقي، **قال في المدونة: ولا يقسِمُ للغائب إلا الإمامُ، ولا يحوز قسم الأب على ابنه الكبير وإن غاب(هـ). ومعناه مذكور في المختصر وغيره.**

وفي مختصر المتيطية: فإن كان بعض الشفعاء حاضرا وبعضهم غائبا فأراد الحاضر أن يأخذ بقدر نصيبه فليس له ذلك إلا برضى المبتاع للتبعيض، وله أخذ الجميع، وليس للمبتاع أن يأبى ذلك.(هـ)، والمقصود منه آخِرُهُ.

وفي المعيار: سئل ابنُ مرزوق عمن اشترى شقصا فيه الشفعة بمائة مثلا ودفعها بمعاينة الشهود، ثم إن الشفيع أراد الشفعة واستكثر الثمن، وادعى أن البيع إنما كان بأقلَّ، فلمن القول؟، وهل تجب اليمين أم لا؟.

فأجاب : القول قول المشتري، لأنه المدعى عليه، واليمين مع تحقيق الدعوى متفق عليها، ومع التهمة مختلَفٌ فيها، والراجحُ عندي في هذا الوقت اليمينُ مطلقا(هـ) بخ، وبالله التوفيق.

وسئلت عما يظهر من الجواب، ونصه :

الحمد لله، لا شفعةَ للمرأة المرشَّدة الآن في نصف الدار، الذي باعته أمها المقدَّمة عليها عنها وعن أخيها، ثم باعه المشتري لغيره وأسقطت الأم الشفعة فيه الخ.

أما البيع الأول فإنها وأخاها هما البائعان في الحقيقة، والأم إنما هي نائبة عنهما في العقد، ولا معنى لإثبات الشفعة للبائع فيما باعه هو أو وكيله، بل إنما تجب شرعا لشريكه لا له كما هو معلوم عند كل من له قُلامةُ ظُفْر من العلم.

ص 317 **وأما البيع الثاني** فحيث أسقطتها الأم المقدمة عنها فذلك لازم لها؛ **ففي شرح التحفة لسيدي عمر الفاسي لدى قولها :**

والأبُ والوصيُّ مهما غفلا * عن حدها فحكمها قد بطلا

نقلا عن المدونة ما نصه: ولو سلَّم من ذكرنا من أب أو وصي أو سلطان شفعة الصبي لزمه ذلك، ولا قيام له إن كبر. (هـ)؛ **وهو يفيد أن المقدم كذلك لأنه نائب السلطان**. ونقَلَ بعض شراح التحفة عن المتيطي أنه قال: الذي جرى به العمل أنَّ حكُم مقدَّم القاضي حكم الوصي في جميع أموره. (هـ).

وعليه، فحيث كان إسقاط الوصي لازما كان حكم المقدَّم الذي هو تابع له كذلك فلا شفعة لهذه البنت المرشدة، والله أعلم، قاله وكتبه المهدي لطف الله به.

وسئلتُ عن امرأة وصية على ولدها فبيعَ نصف دار في شركته فَشَفَعَتْهُ وأدَّت ثمنه، ثم قالت في آخر رسم الشفعة: إن نصف المشفوع هو لمحجورها، والنصفُ الآخر هو لها خاصا بها إشترته من مالها الخاص بها والخالص لها لنفسها الخ.

فأفتى فيها بعضُ مَن ينسُبُ نفسه للفتوى ببطلان الشفعة، لقول ابن سلمون في امرأة قامت بشفعة على رجل وترافعا إلى من أفتاهما بالشفعة

فشفعت المرأة وملكت أعواما، ثم تبين أنها لم تكن لها شفعة، قال: له القيام إذا علم أن شُفعتها على وجه الغلط.(هـ).

فأجبت : الحمد لله، لاشك أن الوصية المذكورة شفَعَتْ لمحجورها جميعَ النصف في الدار، ثُمَّ بعد أن شفعته تملكت نصفه لنفسها بما أدته عن المحجور من مالها، وعليه فالمرأة إنما شفعت النصف بأجمعه للمحجور لا لها، ولاكن لما لم يكن عند المحجور المالُ الذي شفعت به تمامَهُ باعت له نصف المشفوع من نفسها، وذلك صحيح، لقول المختصر: «ولزم إن أخَذ وعَرَف الثمنَ فبيع للثمن»[25]، يعني أن الشفيع إذا أخَذ بالشفعة يلزمه الأخذ، وغرم الثمن، فإن لم يوجد عنده الثمن فيُباع الشقص المشفوع لأدائه. **نعم، لشريك المحجور شفعة هذا النصيب الذي اشترته لنفسها**، والله أعلم، قاله وكتبه المهدي الوزاني لطف الله به.

وسئلت عن دار بين رجلين لواحد منهما ثلثاها وللآخر الثلث، فاشترى رجلٌ آخر منهما ثلثين بأنْ أخَذ من صاحب الثلث ثلثه بكماله ومن صاحب الثلثين ثلثا، ثم بعد نحو العامين زعم أنه نائب في شراء الرُّبُعِ من الثلثين عن ولد أخيه، ولم يُسَلِّمْ له ذلك صاحبُ الثلث الباقي، وأراد أن يأخذ الربع المقر به بالشفعة لكون المقر له إنما ملكه وقت الإقرار فهو حادث، فهل له ذلك أو لا؟.

فأجبت : الحمد لله، إشهادُ المشتري (أن ولد أخيه شريك معه في ثلثي الدار بالرُّبُع، وأنه كان نائبا عنه في شرائه ودفع ثمنه الخ)، لا يفيده في سقوط شفعة الشفيع، لأن إقراره المذكور تولية منه لابن أخيه في الحقيقة بعضَ ما كان اشتراه لنفسه، **والتوليةُ بيعٌ من البيوع ففيها الشفعة**.

ص318

وفي نوازل القاضي سيدي العربي بردلة أنه سئل عن رجلين اشتريا جنانا وخلصا ثمنه معا وتملكاه، وبقي على ملكهما نحو الشهر، ثم أشهد أحدهما

(25) سبقت الإشارة في الهامش 11 من نوازل هذا الباب إلى موقع هذه العبارة من باب الشفعة، وبيان معناها بإيجاز واختصار، وكما هي مبسوطة هنا عند الشيخ الوزاني رحمه الله.

أنه نائب في شراء نصفه عن نفسه وعن شريك له في المال الذي بيدهما، فأراد مالك النصف الآخر أن يشفع من يد الشريك المنوب عنه في الشراء الربعَ الذي وقعت النيابة فيه، فاحتجَّ المنوبُ عنه على الشريك الذي أراد الشفعة وقال له: إن المال الذي اشترى به شريكي النصفَ معك هو مالُنا معا، لأنه اشتراه من مال الشركة، وأنت عالم بأنا شركاء في المال، فكان شراؤه هو نفس شرائي، **فقال مريد الشفعة**: إنما اشترى المشتري معي بماله لا بمال الشركة، فهل له شفعة أم لا؟.

فأجاب: دعوى المشهود له بالنيابة عنه في نصف المشهد أن شراء المشهد كأنه نفس شرائه هو لمكان الشركة ضعيفةٌ، ويزيدُها ضعفا إشهادُهُ بالنيابة عنه بعد مدة، والأصولُ التي لا تُراد للتجارة كثيرا ما يختص بها مشتريها عن شريكه، فهذه الشبهة التي يراد إسقاط الشفعة من أجلها ضعيفة، والله أعلم. (هـ)، قاله وكتبه المهدي لطف الله به.

وسئل القاضي سيدي العربي بردلة عن وصي على محاجير وهو يشاركهم بحظ له في بستان بينه وبينهم، ثم إنه باع حظه من البستان، وبعدَ ذلك بنحو الستة أشهرٍ أراد أن يأخذ بالشفعة لمحاجيره، فهل لا شُفعة له لكونه حاضراً للعقد، وقد مضَى له شهران كما في المختصَر.

فأجاب بأن الشفعة ثابتة للمحاجير إن أرادوها هم أو من ينوب عنهم في ذلك لمصلحة لهم، ولا يُسقطها حضور وصيهم للعقد، والله أعلم.

وسئل أيضا عن رجل غاب عن بلاده غيبة متطاولة ولم يتقرر في مكان معلوم، ثم أتى فوجد شركاءه في بعض الأصول باعوا أنصباءهم فأراد الشفعة، فأخذ المشتري ينازعه ويخاصمه مرارا متعددة إلى أن قَرُب الانفصال ففوَّتها المشتري بالبيع لرجل آخر، قاصدا بذلك الغَلَبَة والاستطالة واللدد؛ وصار المشتري الثاني هو الذي تولى الخصام بينه وبين هذا الشفيع، فهل يصح هذا

البيع الثاني مع كون المشتري كان يعاين الخصام والحضور بين القُضاة؟، **وشراء ما فيه خصومةٌ ممنوعٌ. فأجاب** بأن الشفيع هنا لما كان له أن يأخذ بالبيع الأول، فإبطالُ الثاني بيده إن كان له حق في الشفعة، وإن لم يكن له حق في الشفعة بالبيع الأول فهو مخيَّر في الشفعة بالبيع الثاني إن شاء أخذ وإن شاء ترك، ولا كلام له في هذا البيع، إلا إن كان لا حقيقة له أصلا وإنما هو تَوَصُّلٌ لتسليط المشتري على الشفيع المذكور، أولَهُ حقيقةٌ ولاكن أُرِيدَ إضرارُه به لاستطالته ولرده، فلا ضرر ولا ضرار، فيبطل إذ ذاك ما لا حقيقة له ولا إشكال، وكذلك هو الذي له حقيقة إذا كان بعد أن ظهر حق الشفيع، والله أعلم.(هـ).

ص 319

وسئل أبو الحسن الصغير عن رجل له أرض أعطاها مغارسة بالنصف لرجلين، فغرساها وقاما عليها حتى أطعم الغرس، ثم باع أحد الغارسين نصيبه وهو الربع، فلمن تكون الشفعة ؟

فأجاب : الشفعة لهما معا على حسب اشتراكهما، لأنهما قد صارا معا شركاء في الأرض والغرس بالإطعام، فلهذا نصفها ولهذين نصفها، فباع أحدهما الربع، فيأخذه الباقيان على حسب اشتراكهما، بخلاف مسألة النقض التي ذُكِرت، إذ لم يشتركا في كل شيء.(هـ).

قلت : **أشار بقوله (بخلاف مسألة النقض الخ) إلى قول المدونة**: وإذا بنى رجلان في عرصة رجل بإذنه ثم باع أحدهما نصيبه من النُّقْض فلرب الأرض أخذ ذلك النقض بالأقل من قيمته أو الثمن الذي باع به، فإن أبى فلشريكه الشفعةُ للضرر، وهو أصل الشفعة.(هـ).

وقيل : يأخذه بقيمته مقلوعا فقط، **وقيل** : بالثمن فقط، وحكى ذلك عياض وغيره، وقيَّد أبو عمران مذهبَ المدونة بما إذا مضى من ذلك

مقدار ما تُعَار له فيه، وإلا فله قيمة بنائه قائما، وإليه أشار في المختصر بقوله: «إن مضى ما يعار له وإلا فقائما»(*). (هـ).

تنبيه: محلُّ هذا في العارية المطلقة، وأما المقيَّدة بزمن ولم يُنقض فقال ابن رشد: إن باع قبل انقضاء العارية على البقاء فللشريك الشفعة، ولا مقال لرب الأرض ولو باعه على النقض قُدِّم رب الأرض. (هـ).

وأشار لهذا كله في المختصر بقوله: «كَشَجَرٍ وبناء بأرض حُبُسٍ أو مُعير(**)، وقدِّم المعير بنقضه». **قال بهرام في شرحه الوسط**: أي وكذلك يجوز له أن يأخذ ما باعه شريكه من بناء أو شجر بأرض محبسة أو معارة، وهذا هو المشهور إلى أن قال: إذا باع الشخصُ البناء الكائن في الأرض المعارة فإن رب الأرض مقدَّم في الأخذ بالشفعة على المشتري، ويأخذ ذلك بقيمة نُقضه أو بدفع ثمنه الذي بيع به (هـ).

وقال التتائي: كشجر مشترك بأرض حُبُس أو معارة أو بناء مشترك بأرض حُبُس أو بأرض مُعير باع الشريك حصته من ذلك فلشريكه الأخذ بالشفعة على المشهور، **ثم قال**: وإذا جاز ذلك للشفيع وقُدِّمَ المعير – وهو صاحب الأرض – يحتمل تقديمه على الشفيع، ويحتمل على المشتري،

(*) وذلك في أوائل باب الشفعة ؛ وأول العبارة هو قوله : «وقدِّم المُعير بنُقضه أو ثمنه إن مضى ما يُعار له، وإلا فقائما».

والمعنى : وإن أعار شخص أرضه لقوم يبنون أو يغرسون فيها ففعلوا، ثم باع أحدهم حظه من البناء أو الشجر قُدّم المُعير على شركاء البائع في أخذ الحظ المبيع بقيمة نُقْض البناء والشجر، أيْ حالة كونه منقوضا، أو بثمنه الذي بيع به، فالخيار له عند ابن الحاجب،، وحَكاهما عياض وغيرُه تاويليْن للمدونة.

ومفهوم قوله (ما يُعار له) أنه إن لم يمض الزمان الذي تُعار له الأرض، فإنه يُقدّم المعيرُ في أخذه بقيمة الغرس والبناء حالة كونه قائما أو بثمنه... إلى آخر ما هنا في شرح جواهر الإكليل، وغيره من أمهات شروح الشيخ خليل، ونقله الشيخ المهدي الوزاني هنا وذكره في هذه الصفحة وما بعدها، رحم الله الجميع.

(**) التشبيه فيما للشريك من حق الأخذ بالشفعة في هذه الحالة والصورة كما هو مبين هنا عند الشيخ الوزاني رحمه الله.

ويفسخ البيع بينه وبين البائع، فيرجع، على البائع بما دفع، وهما تأويلان على المدونة(هـ) .

ص 320 **قلت : مسألة الشفعة في الشجر والبناء هنا هي إحدى المستثنيات الأربع التي استحسنها الإمام وقال فيها : إنه لشيء استحسنَّاه، وما علمت أحدا قاله قبلي(هـ) .**

الثانية: الشفعة في الثمار.

الثالثة: القصاص بشاهد ويمين.

الرابعة: في أنملة الإبهام خمسٌ من الإبل، بخلاف كل أنملة من غيره ففيها ثلث ما في الأصبع(هـ) .

وكون الإمام استحسَن أربعا فقط إستشكلَهُ صاحب المسائل الملقوطة بقول المتيطي : الاستحسانُ في العلم أبلغ من القياس، وقال مالك : إنه تسعة أعشار العلم، وقال ابن خويز منداد : عليه عَوَّل مالك ، وبنى عليه أبوابا ومسائل من مذهبه، وإذا كان كذلك فكيف يصح قصر ذلك على أربع مسائل؟

ثم أجاب بأن المراد بذلك أنه صرح بلفظ الاستحسان في هذه المواضع خاصة .(هـ) .

قال الزرقاني بعد نقله: ولا يخفى ضَعفه، وإنما الجوابُ أنه وإن استحسَن في غيرها لاكن وافقه غيره فيه أو كان له سلف فيه، بخلاف هذه الأربعة فإنه استحسَنها من عنده ولم يسبقه غيره بذلك، لقوله : وما علمتُ أحدا قاله قبلي، وهذا ظاهر، فتأمله. قاله الشيخ أحمد بابا(هـ) . ونظمها ابن غازي بقوله :

وقال مالك بالاختيار .·. في شُفعة الأنقاض والثمار
والجرح مثل المال في الأحكام .·. والخمس في أُنملة الإبهام .

قال الحطاب : فإن قلت: بقيت خامسةٌ ذكرها في المدونة وهي :

إذا هلكت المرأةُ ولَها ولد يتيم لا وصي له فأوصت على الولد والمال رجلا، لم يجُز ذلك إلا إن كان المالُ يسيرا نحو الستين دينارا فلا ينزع من الوصي، إستحسنه مالك وليس بقياس.(هـ) . وقد عدَّها ابن ناجي خمسا في شرح الرسالة، ولاكن الذي ذكره غير واحد أنها أربع فقط، فلعل هذه سبقه غيره إليها، ونظمها من قال :

وفي وصيّ الأم باليسير .·. منها ولا وَليَّ للصغير.

وسئل الشيخ التاودي عن رجُل بينه وبين آخر جَنانٌ مشترَك، أحدُهُمَا يملك فيه ثلاثة أرباعه، والآخر يملك الربع، وأكثرُهُ بياض عار عن الأشجار، وقسَمُوا قسمة الاستغلال في البياض، وأكرى صاحب الثلاثة الأربع جميع نصيبه لشخص، وأعطى جميع أشجار الجنان المذكور للمكتري مُسَاقاةً، فأراد صاحب الرُّبعِ أن يضم تلك المساقاة التي وقعت في الأشجار ويأخذه لنفسه، فهل له الضم أوْ لا؟.

ص 321 **فأجاب : الحمد لله، الجوابُ** – والله الموفق –، أنه ليس لصاحب الربع أن يَضم، وله أن يرد ما فعله شريكه بالنسبة لنصيبه الذي هو الربع فيعمل فيه بنفسه أو يعطيه لمن شاء، لأن **المساقاة إجارةٌ للعامل بجزء من الثمرة التي ستوجد**، ولذا قالوا: إنها مستثناةٌ من الإجارة بمجهول، هذا الذي عول عليه ابنُ عرفة، **وإن قيل** : إنها مستثناة من بيع الثمرة قبل بدو صلاحها فلا عبرة به هنا، والله أعلم.(هـ) .

تنبيه : قال في التوضيح عن شيخه المنوفي: ينبغي أن يُتَّفَقَ على الأحكار التي عندنا بمصر أن تجب الشفعة في البناء القائم فيها، لأن العادة عندنا أن ربَّ الأرض لا يُخرِج صاحب البناء أصلا، فكان ذلك بمنزلة صاحب الأرض. **قال الزرقاني بعد نقله**: أي فلا شفعة لرب الأرض وإنما الشفعة للشريك، ويؤخذ منه أن شريكَي بلد في الالتزام بمصر، لأحدهما الشفعة إذا باع الآخر حصته من البلد، وبه أفتى عج؛ **ونحوه** كَتَبَ الوالدُ عقِب كلام

المنوفي، **ونصُّهُ**: وكذا ينبغي ذلك في الأرض الخراجية، لأن العادة أنهم لا يُخرجون منها.(هـ). ولا يقدح في ذلك دَفعُهُم خراجَ الأرض كلَّ سنة للسلطنة، لأن ذلك بمنزلة حَكْر الأرض.(هـ).

والأحكار: جَمْعُ حكر وهو المعروف. بالجزاء في المغرب.

قلت: وهذا بخلاف الجلسة فإنها لا شفعة فيها على المعمول به، وما حكم بالشفعة فيها قاض أصلا منذ أدركنا، وكذلك الزينة الحادثة فإنها مثل الجلسة بلا فرق.

وسئل الشيخ المسناوي عن جلسة حانوت مشتركة بين أناس على ما هو المعتاد في جلسة الحوانيت، وأصلها لجانب الحبس، ثُم إن بعض الشركاء باع نصيبَه من تلك الجلسة لأجنبي، فأراد بعض الشركاء أن يأخذ من يده بالشفعة، هل سيدي له ذلك أم لا؟، جوابا شافيا.

فأجاب : الحمد لله، الجواب أن قياس ثبوت الشفعة في الكراء ثبوتها فيها، إذ هي منه، لاكن جرى عمل القضاة بهذه الحضرة بعدم شفعتها، وكان وجهُهُ أن القول بشفعة الكراء خلاف المشهور، وإذ قد جرى العمل به فيُقْتَصَرُ فيه على ما ورد عن الحكام به، تقليلا لمخالفة المشهور ما أمكن، والله أعلم. وكتب محمد المسناوي كان الله له.

ثم أجاب ثانيا عن السؤال بما نصه:

الحمد لله، الجواب أن مقتضى قياس ثبوت الشفعة في الكراء الذي جرى به العمل ثبوتها فيها، إذ هي منه، إلا أنه على التزام التبقية للمكتري وعَدَمِ إخراجه لما رِىءَ في ذلك من المصلحة للحبس مثلا، غير أن عمل القضاة بهذه الحضرة على ما بلغَنا بنقل الثقة جرى بعدم الشفعة فيها، وكان (ص 322) بعضُ شيوخنا منهم يعتل لذلك بأنَّ شرط الشفعة في الكراء أن يسكن الشفيع ما يسكن من دار أو حانوت أو رحى أو غيرها كما نص عليه اللخمي

فيها، وذلك لا يكاد يتحقق في الجلسة غالبا، لأن مُلاَّكها في الغالب لا يعنمرونها بأنفسهم وإنما يستغلونها بالكراء للغير. (هـ). فإن فُرِضَ شريك فيها يريد أن يشفع ليسكن بنفسه، فهل يمكَّن من ذلك لتحقق الشرط المذكور حينئذ أو لا يمكَّن، إعطاء للصورة النادرة حكم غالبها؟، ظاهرُ حال مَن ذكَرْنا من القضاة، الثاني، فليُحَرَّرْ ذلك، والسلام. (هـ).

وسئل الشيخ التاودي عن جلسة حانوت مشتركة بين أناس متعددين، وقد أكرى جلُّهم نصيبهم منها للغير لمدة تزيد على العام وقدَّم لهم عدة دراهم، ثم إن بعض مَن ناب عمن له فيها جزء تافه ممن لا تتأتى منه السكنى أراد استشفاع الكراء المذكور، فهل لا شفعة له لما ذكرنا من عدم تأتي السكنى، ولأن الجلسة لا شفعة فيها لا في البيع ولا في الكراء، لأن حكمها مخالف لغيرها لا تجري أحكامها على بيع الأصل؟، **بين لنا ذلك ؟.**

فأجاب : الحمد لله، وصلى الله على سيدنا محمد وآله.

لاشك أن القول بالشفعة في الكراء مقَيَّدٌ بأن يسكن الشفيع المالك، فمن لا تتأتى منه السكنى لا شفعة له؛

ثم الذي وقع الحكم به والفتوى في الجلسة -إذا بيع جزء منها - أنه لا شفعة فيه للشريك، هكذا ذكره القاضي أبو عبد الله بردلة، وحكاه عن شيخيه القاضيين: أبي عبد الله ابن سودة، وأبي عبد الله المجاصي، وإذا لم يكن ذلك في الأصل فلا يخفى أن الكراء أضعف منه لما فيه من الخلاف(هـ).

ومثله يقال في الزينة والمفتاح الذي حدث قبل هذه الأيام وشاع أمره الآن وتقَوَّى وذاع، لأنه نَسَخَ الجلسة ولم يبق لها ذِكْرٌ معه، بل صارت اليوم اسما بلا مسمى. وقال في شرح التحفة أيضا: لا شفعة في الجلسة وإن كانت كراء، لأنه كراء على التأبيد فلا يمكن فيها الشرط المذكور.(هـ). وما ذكره من الشرط صحيح، وعبارة أبي علي في ذلك: وأن يشفعَ ليسكن أو ليزرع لا ليُكري

كما ذكَرَهُ اللخمي ولما ذكره أبو الحسن، قال: ولا أظن أحدا يخالف في هذا التقييد، والمسألةُ فيها اضطرابٌ كثير؛ ولاكن يظهر أن العمل على الشفعة بالشرطين الخ.

وقال المحشي بناني ما نصه: قلت: بالشُّفعَة في الكراء جرى العمل عندنا بفاس، لاكن بالشرط الثاني فقط، وهو أن يسكن بنفسه، وقد نص على العمل المذكور صاحب المجالس، والزقَّاقُ في لاميته، والشيخ المنجور قائلا: لاكن بشرط أن يسكُن الشفيعُ ما يسكن، حانوتا أو دارا أو رحى أو غيرها. **قال**: وكأنَّ هذا الشرط مبنيٌّ على أنه في البيوع لا يشفع ليبيع، وفيه قولان، والمعروفُ التمكين، ولعله لضعف الشفعة في الكراء قيدوه بهذا الشرط، على أن اللخمي نص على هذا الشرط في الشفعة في الكراء، ونقله عنه في تكميل التقييد (هـ).

ص 323

قال الشيخ المسناوي: وقد وقع السؤال عن المسألة الجارية بفاس، وهي **إذا كانت دارٌ مكتراةٌ مشتركةً وباع أحد الشريكين حظه منها.**

فأجاب بعض أصحابنا –بعد أنْ بيَّن أن مرجعها إلى الكراء لاكن على التبقية للمكتري وعدم إخراجه، وأن الذي جرى به العمل هو ثبوت الشفعة في الكراء بالشرط المذكور– بأن القياس ثبوتها فيها كغيرها من صور الكراء، **بَيْدَ أن شيخنا القاضي أبا عبد الله العربي بردلة كان يقول بعدم الشفعة فيها، وقال لي: ما حَكَم بها قط**، واعتَلَّ لذلك بأن الشرط المذكور لا يكاد يتحقق فيها، ونقله عن بعض القضاة من أشياخه، وكأنه يجْنحُ إلى العمل في المسألة بعدم الشفعة (هـ) بخ.

وقال المسناوي عقبَه: فانظر على هذا إذا كان الشريك يريد أن يشفع ليسكن بنفسه، هل يمكَّن منها لتحقُّق الشرط المعتبر فيها حـ(*) أم لا، إعطاء

(*) هذه الحاء المقرونة بمد فوقها، اختصار لكلمة حينئذ، وترمز إليها كما أشرت إليه في مقدمة الجزء الثالث من هذه النوازل الموسوعة. كما أن كلمة ضيح: اختصار لكلمة التوضيح للشيخ خليل بن إسحاق المالكي، في شرحه لمختصر ابن الحاجب الفرعي (الفقهي)، رحم الله الجميع

للصورة النادرة حكم غالبها؟، ظاهرُ حال من ذكرْنا من القضاة هو الثاني، فليحَرَّر.(هـ) **كلام بناني، وسلمه الرهوني**، بل وبحث أيضا في قول المنجور: (والمعروفُ التمكينُ الخ) عند قول المختصر في الشفعة: « ثم لا أخذ له »[26] الخ.

فقد ظهر لك بهذا أن هؤلاء المتأخرين متفقون على العمل بالشفعة في الكراء بشرط أن ينتفع بنفسه لا ليكري، وعلى العمل بنفيها في الجلسة بيعا وكراء، والله أعلم.

وخالفهم التسولي في شرح التحفة فقال: لبعض الشركاء أن يُكري حظه منها أو يبيعه، وفي الحقيقة أن بيعها كراء، فإذا أكراه أو باعه فللآخَرين الشفعةُ لا لرب الأرض على ما مر من وجوب الشفعة في الكراء، **وبه أفتى فيها ابن رحال والشدادي وغيرهما**، **وأفتى الشيخ التاودي** بأن الذي وقع به الحكم والفتوى في الجلسة إذا بيع جزءٌ منها أنه لا شفعة فيه للشريك،

قال: هكذا ذكره القاضي بردلة عن أبي عبد الله ابن سودة وأبي عبد الله المجاصي. **قال**: وإذا لم يجب في بيع جزء منها فلا تجبُ في كِراء جزء منها بالأحرى، لأن الكراء أضعف(هـ) **ونحوه للمسناوي عن بردلة المذكور**، ونقلنا ذلك كله في كتاب الشفعة من نوازلنا، وانظر قولهم عن بردلة أنه لا شفعة في بيع جزء منها، مع أن ذلك بيع لجزء أنقاضها وأشجارها، **وقد قال في التوضيح**: ينبغي أن يُتَّفَقَ في الأحكار التي عندنا بمصر أن تجب الشفعة في البناء القائم فيها، لأن العادة أن رب الأرض لا يُخرج صاحب البناء أصلا، فكان ذلك بمنزلة صاحب الأرض(هـ).

ص324 **ثم قال: وبالجملة؛ الذي يُوجبه النظر هو وجوب الشفعة في الجلسة والجزاء بيعا وكراء**، لأن الشفعة إنما شُرِعَت لرفع الضرر، ولاسيما في بيع جزء من هذا الكراء الذي لا يخرج مكتريه إلا برضاه، فالعمل لو لم يجْر بالشفعة في مُطلَق الكراء لكان **ينبغي أن يجري بالشفعة في هذا الكراء** الذي هو الجلسة

(26) سبقت الإشارة إلى هذه العبارة وبيانها في الهامش 19.

بخصوصه لدوام ضرره، ولما فيها من بيع الأنقاض في بيعها، وبيعُ الأنقاض والبناء، فيه الشفعة اتفاقا، **وما ذكروه عن بردلة ضعيف** الخ.

قال المؤلف : وفقه الله تعالى بمنه: في كلامه مناقشات:

أحدها أنه ابتكر الشفعة في الجلسة مطلقا، سواء أخذ الشفيع بها لينتفع أو يكري، ولا قائل به، بل المسألة فيها قولان؛ **أحدهما** أن الجلسة لا شفعة فيها مطلقا، وبه العمل. **ثانيهما** : أن فيها الشفعة بشرط أن ينتفع بنفسه لا ليكري، فالقول بإباحتها مطلقا -كما زعمه- غيرُ موجود. وما نقله عن ابن ناجي من العمل بافريقية مردودٌ بأن الذي في شرحه على المدونة أنَّ عَمَلَ افريقية بعدم الشفعة في الكراء، وكذا ذكره القلشاني في شرح الرسالة، كما انتقده عليه بعضهم، ومع ذلك فعمل فاس مخالف لعمل افريقية.

ثانيها : نسبته لابن رحال والشدادي وغيرهما أنهم أفتوْا بذلك، غيرُ جيد أيضا، بدليل ما نقله هو عنهم في نوازله ويأتي، بل ابن رحال أفتى بالشفعة بالشرطين المذكورين، وزاد أنه لم ير من أفتى بالشفعة في الجلسة ممن يُعتد بكلامه، وغيره أفتى بالشفعة بشرط أن ينتفع لا ليكري، أما الإفتاء بها مطلقا كما زعمه فلم يُنقل عن أحد.

ثالثها : أنه خلَطَ مسألة الجزاء بمسألة الجلسة، وجعلهما مسألة واحدة، وليس بشيء، إذ صاحب الجزاء باع أشجارا أو بناء على أرض الحبس التي لا تُنزع من يده أبدا، ولا إشكالَ في ثبوت الشفعة في البناء والغرس، ومسألةُ الجلسة ليس لبائعها بناء ولا غرس، فلا شفعة فيها، بل هي كراءٌ على التبقية كما في عبارة غير واحد.

رابعها : أنه استَدَلَّ لما قاله بكلام التوضيح، وقد علمت أن موضوعه في الأحكار، وهي البناء والغرس اللذان في أرض الحبس، لا في الكراء المجرد عن ذلك الذي هو الجلسة.

خامسها : أنه فسَّر أولا الجلسة بقوله أن ذلك بيع لجزء أنقاضها وأشجارها، وقد قال في التوضيح إلخ، ثم فسرها أخيرا بالكراء المخصوص فوقع في كلامه تدافُعٌ.

ص 325 **سادسها** : أنه لم يُنقل عن أحد أنه حكم فيها بما قاله، وإنما ذلك تفَقُّهٌ منه فقط، والنص أولى بالاتِّباع، **قال في آخر كتاب الشفعة من نوازله** :

وسئل العلامة سيدي محمد بن حمدون بناني عن جلسة حانوت بين أناس شركاء فيها، ومدخلُهم فيها واحد بميراث، وغاب أحدهم ووكَّل من ينوب عنه في بيع واجبه في الجلسة المذكورة، فباعه الوكيل لأجنبي، فأشهد أحد الشركاء أنه أخذه بالشفعة . . **إلى أن قال في الجواب** :

الحمد لله؛ الجواب – والله سبحانه الموفق – أن الجلسة من باب الكراء على التبقية، وجرى العمل بالشفعة في الكراء إن كان الشفيع ليعتمر.

قال شارح اللامية عن الشيخ المنجور ما نصه : ومنها الشفعة في الكراء، لاكن بشرط أن يسكن الشفيعُ ما يسكن من دار أو حانوت أو رحى أو غيرها، وأمَّا لو شفع ليُكري لغيره فلا(هـ) . فللشفيع أن يشفع ما بيع من تلك الجلسة، لأنها في معنى الكراء، والله أعلم(هـ) .

الحمد لله، ما سُطِّر أعلاه صحيح، بشرط أن يكون محل الكراء من الجلسة يقبل القسمة على ما به العمل كما في أبي الحسن: إنما تجوز الشفعة في الكراء إذا كان الشفيع يَعْتمرُ بنفسه، وأن يكون المشترَك يقبل القسمة الخ، وذكره الجنان مُسَلِّما له، وهو من متأخري أهل هذه الحضرة المباركة؛ على أني لم أقف على أن الجلسة تكون فيها الشفعة عند من يُعْتَدُّ بكلامه مع كثرتها في هذه البلدة، قاله وكتبه عبد ربه تعالى؛ الحسنُ بن رحال المعداني لطف الله به.

وسئل أبو الحسن الشدادي عن مسألة، وهي أن جلسة حانوت مشتركة بين أناس منذ سنين عديدة، ثم إن البعض من الشركاء باع واجبه لرجل أجنبي

من غير الشركاء، فرام بعضُ الشركاء أن يأخذ بالشفعة من يد ذلك المشتري بقصد الاعتمار بتلك الحانوت والسكنى بها. فهل له الأخذ بقصد أن يسكن ويعتمر أو لا؟.

فأجاب : **الحمد لله**؛ إن للشريك الذي أراد الانتفاع بنفسه الأخذ بالشفعة في البناء القائم في أصل الحبس كما نص عليه صاحب التوضيح، والله أعلم. (هـ) كلامُه في نوازله، فانظره مع ما قاله في شرحه.

قلت : **وأما نسبته لابن ناجي** (أنه قال: عَمَلُ افريقية على الشفعة في الكراء بلا شرط الخ) **فقد كتب عليه بعض المفتين من أهل تونس**، –وهو العلامة سيدي محمد النجار،– **ما نصه**: وأما مسألة الشفعة في الكراء فقال ابن ناجي في كبيره في باب الشفعة **ما نصُّهُ**: **ابن يونس**: وبالشفعة في الكراء قال ص 326 أشهب ومطرف وابنُ القاسم وأصبغ وابن حبيب وابن المواز، وبنفيها قال المغيرة وعبد الملك، وكلاهما عن مالك المغربي، وعَمَلُ القضاة على الأول، وعملُ افريقية عندنا على الثاني (هـ). فهذه العبارة نصٌّ في أن العمل بافريقية على عدم الشفعة في الكراء، ويوافقها قول الشيخ القلشاني في شرح الرسالة **ما نصه**: واختُلف في الشفعة في كراء الرَّبْع، فقال ابن القاسم والمغيرة وعبدُ الملك بسقوط الشفعة، وبه الحكْمُ الآن بافريقية على ما سمعتَ. وقال أشهب ومطرف وأصبغ: فيه الشفعة، ورُويَ عن ابن القاسم أيضا، ولمالك القولان، وبهذا القول الثاني الحكم بالمغرب والأندلس على ما بلغني الخ، فنَسَبَ الحكم بعدم الشفعة لإفريقية، واقتصَرَ على نسبة الحكم بها على المغرب والأندلس فيما بلغه، وذلك يقتضي أن عمل افريقية مخالف لعملهما.

وقال ابن ناجي على قول المدونة في باب من اكترى دارا أو حَماما من كتاب كراء الدور والأرضين: – (وإذا اكترى رجلان دارا بينهُما فلأحدهما أن يكري حصته ولا شفعة فيه لشريكه) – **ما نصه**: وما ذكره من عدم

الشفعة هو المشهور، وقال أشهب وابن المواز: له الشفعة، حكاه ابن يونس. **قال المغربي: وعليه العمل، بشرطين**: أن يكون مما ينقسم، وأن يشفع ليسْكُن، **قلت: ليس عليه عمل عندنا بافريقية، إنتهت عبارة ابن ناجي**، وهي بإفراد الضمير المجرور بعلَى على النسخة التي بأيدينا، وبلغني إفراد الضمير أيضا في نسخة أخرى، وعليه فالضميرُ في قوله: (وليس عليه عملٌ عندنا بافريقية) على القول بالشفعة(*) في الكراء لا على اشتراط هذين الشرطين حتى يكون عمل افريقية على الشفعة في الكراء من غير شرط كما توهم من هذه العبارة، وذلك لأن العمل بافريقية على عدم الشفعة في الكراء مطلقا كَمَا هو نص عبارته الأولى المؤيَّدة بكلام القلشاني.

ووقعَ في نقل الحطاب لهذه العبارة تثنية الضمير في قوله: (وليس عليه العمل عندنا بافريقية)، لاكن يُرَجِّح النسخة التي بأيدينا موافقَتُها لكلامه الأول، لأنه نص لا يقبل التأويل، وتأييدها بكلام القلشاني.

وأما ما نقله الشيخ التسولي في شرح قول ابن عاصم :

والخُلْفُ في أكرية الرِّباع ∴ والدور، والحكمُ بالامتناع

— **من أن ابن ناجي قال**: والعمل عندنا بإفريقية على التمكين من الشفعة من غير شرط أصلا(هـ) — فإن ذلك الكلام من ابن ناجي راجع لأصل الباب، أعني باب الشفعة؛ يعني أن ما تسُوغُ فيه الشفعة لا يتوقف جوازها فيه على اشتراط أن الشفيع يريد الانتفاع بنفسه، بدليل ما تقدم وإن كانت عبارة الشيخ التسولي توهم أن كلامه يتناول الشفعة في الكراء، لاكن قد علمت أن عبارته الأولى نص في أن الحكم بإفريقية بعدم الشفعة في الكراء. إنتهى ما قيَّده الفقيه النجار المفتي بتونس حفظها الله.

ص 327

(*) أي عائد عليه، فالخبرُ خاص، ويتعلق به الجار والمجرور الذي هو: (على القول بالشفعة)، ولعل الخبر سقط من النسخ والخط، والتصريح به هنا أوضح لأنه خاص.
كما هو مستفاد من قوله بعْدُ: (لا على اشتراط هذين الشرطين). فليتأمل وليحقق.

وسئل سيدي يحيى السراج عن شركاء في ملك يبيعه أحدهم جميعا: حظَّهُ وحظَّ شركائه، فيأتي شركاؤه المشتري فيقولون له: نشفع منك حصة شريكنا ونعطيك مالك، ثم يتركونه نحو خمسة أعوام ثم يقومون بعد ذلك على المشتري، فما الحكم في هذه المسألة الخ؟.

فأجاب: لا شفعة لهم وإنما لهم أنصباؤهم، ويَرْجِعُ المشتري على البائع بما ينوب حظوظهم من الثمن إن اختار التمسُّك بالباقي، وإلا ردَّهُ وأخذ من البائع جميع الثمن.(هـ).

وسئل ابن هلال عن الشفعة في البلاد التي ليس فيها الذهب والفضة ويقول المأخوذ منه: لا آخذ إلا الذهب، هل له ذلك أم لا؟.

فأجاب: فإن تعاقد المتبايعان على شيء ودَفعه المبتاع فلا شفعة إلا به، وإن تبايعا بشيء وانتقدا غيره ففي الشفعة بالمعقود عليه أو بالمنقود خلاف، والذي استحسنه ابن المواز تكون بالمعقود عليه، وقيل: بالأقل فيهما، نقله ابن عبدوس، وهو الذي أراه وأستحسنه في هذا الزمان لكثرة تحيُّل المتبايعين على الشفيع(هـ).

وسئل سيدي ابراهيم الجلالي عن رجل باع شيئا من أملاكه لرجل بثلاثين أوقية وأشهد له بأنه قبض ثمانين أوقية، فعَلا ذلك فرارا من شفعة يتيم هو شريك للبائع في ذلك، فلما قام اليتيم بالشفعة طالبه المشتري بأن يؤدي له الثمانين أوقية، **فقال له اليتيم**: إحلِف أنك دفعتها ولي الخيار في الأخذ والترك، **فقال**: لا أحلف حتى تحضِر لي العدة المذكورة، فلمن يكون القول منهما ؟

فأجاب: إذا امتنع المشتري من الحلف حتى يُحضر له شفيعُه الثمن فليس له ذلك، ولاكنه يحلف ثم يُخَيَّر الشفيع بين الأخذ والترك، والله أعلم. إنتهى من نوازل الزياتي.

ومنها أيضا: سئل سيدي علي اليالتي عن يتيم غاب وصيه ولم يخرج من الولاية وذلك بنحو ثلاثين سنة، وله شركاء في أملاك، وكانوا يبيعون منها المدة

المذكورة، والآن قام بالشفعة على المبتاعين من شركائه، فهل له ذلك بعد المدة المذكورة أم لا؟.

فأجاب : يُنظَر إلى بيع شركاء اليتيم الملك المشترَك بينه وبينهم، فإن كان البيع بعد غيبة مُقَدَّمه فالشفعة ثابتة لليتيم على كل حال إذا رشد أو قدم مُقَدَّمُهُ من غَيبته، أو قُدِّم عليه مقدَّم آخر، ما لم يتم بعد الرشد وقدوم المقَدَّم وتقديم المقدم، على خلاف في المقدَّمين خاصة مدة انقطاع الشفعة والعلم بها، وإن كان بيع الشركاء بحضرة المقدَّم الغائب وعِلْمه وانقضت مدة الشفعة وهو حاضر فالمسألة اختلف فيها المذهب، وفيها تفصيل يطول جَلبُه، والله أعلم(هـ).

ص 328 **وسئل سيدي أحمد البعل عن وصي على محجورة اشترى شقصا في ملك مشترك مع محجورته ثم أقام بينة بأن لا مال لها وأسقط عنه القاضي الشفعة،** ولما كبرت البنت أثبتت ببينة أنها كانت ملية وقت البيع، ولم تزَلْ على ذلك إلى الآن، وأرادت الأخذ بالشفعة، فما ترى في ذلك؟.

فأجاب : النظر في ذلك للقاضي، فإن رأى إصلاحا للمحجورة في الشفعة شفع لها، وإن لم ير لها إصلاحا في الشفعة أسقطها، إنتهى.

وأجاب بعض الفقهاء بأن بينة الوصي نفت المال، وبينة المحجورة أثبتته، فبينة الوصي تُبطلها بينة البنت كما في علمكم أن من أثبتَ مُقَدَّمٌ على مَن نَفَى، وهذه قاعدة أصولية، بمقتضاها جرى العمل في الأحكام، والله أعلم.(هـ).

وسئل ابن عرضون عن محجور مَلِيٍّ أسقط القاضي شفعته مع ثبوت ملائه وقت الإسقاط، والشفعة صلاح وسداد له، فهل يبطل حقه بذلك أم لا؟

فأجاب : إن كان الأمر كما ذُكر فالمحجورُ إن ثبت ملاؤه حين الشفعة فلا يُسقطها حكم حاكم ولا سكوت أب ولا وصي، وهو على شفعته حتى يُسقطها بموجب بعد تبين رشده، وقد حكى ذلك الإمام ابن يشتغير في أحكامه، والله أعلم.

وسئل سيدي أحمد البعل أيضا عن رجل له شركاء في أرض تصَدَّق بحظه منها على رجل، فأراد شركاؤه الشفعة فيما تصدق به، فهل لهم ذلك أم لا ؟

فأجاب : لا شفعة في الهبة والصدقة(هـ)، وهذا هو قول التحفة :

والمنع في التبرعات مُفْتَرَضْ(*)، ومحَلُّه ما لم تقم قرينة على التحيل بها، وأن المراد البيعُ باطنا، وأظهراه في صورة الصدقة والهبة، وإلا فتجب فيهما الشفعة، وهو مَحْملُ ما في العمل الفاسي والزقاقية وغيرهما من وجوب الشفعة في التبرع، فلا تَغْفلْ.

وسئل ابن رشد عن بيع الورثة وقد أوصى الميت بثلث داره لرجل، هل للموصَى له بالثلث شفعة إن باع أحدهم ؟

فأجاب : له الشفعة إذا باعوا، وكذلك إن باع هو فلهم الشفعة. **إنتهى من المعيار. وكتب عليه ابن عاشر :**

قوله : (له الشفعة إذا باعوا) هو صحيحٌ إذا باع جميعهم، وأما إذا باع بعضهم – وهو صورة السؤال – فالبعض الآخر مقدَّم في الشفعة على الموصَى له كما لو كان غير الورثة أجنبيا شريكا غير موصى له، فتأمله.(هـ).

ص329 **وسئل الإمام القوري عمن توفي عن أخت شقيقة وجماعة المسلمين وأوصى بثلثه لرجل وللمساكين،** ثم إن أخت الهالك اشترت واجب جماعة المسلمين فأراد الموصى له أن يشفع لنفسه وللمساكين، وزعمت الأخت أن لا شفعة لهما معا.

فأجاب : لا شفعة للموصى له ولا للمساكين، وتختص الأخت بذلك.(هـ)، وهذا على قول ابن القاسم. **فقد سئل قاضي الجماعة بفاس – وهو أبو الحسن سيدي علي بن محمد المري – عمن ترك أختا شقيقة وعصَّبَهُ جماعة**

(*) وذلك في الفصل المتعلق بأحكام الشفعة، والبيت بتمامه هو قوله :

وشُفْعةٌ في الشِّقص يُعطَى عن عوَضْ .:. والمنْعُ في التبرعات مُفْتَرَضْ

المسلمين وأوصى بثلثه لمعَيَّن، فباعت الجماعة للأخت، فهل يدخل الموصى له معها بالشفعة أم لا؟

فأجاب : يدخل معها في ذلك وهو قول أشهب، وعلى قول ابن القاسم لا، لأنه جعلها تدخل مع العصبة فيما باعه أحدهم ولم يجعل للموصى له دخولا معهم، وجعل له أشهب الدخول معهم، وبالله سبحانه التوفيق.

وسئل سيدي محمد بن عبد السلام بناني عن رَبْع مشترك بين أخوين وأختين ورثوه عن والدهمْ، ماتوا إلا أختا، ثم توفي جميع أولادهم وتركوا حظوظهم لأولادهم وهم أولاد أحفاد الهالك الأول، ثم إن الأخت الباقية وهبت حظها لولدها، والآن باع أحدُ الأولاد الذين هم أولاد أحفاد الهالك حظه من ذلك الرَّبْع لأجنبي، هل تكون الشفعة لولد البنت الموهوب له خاصة، أو لإخوة البائع، أو لجميع الشركاء؟.

فأجاب : **الحمد لله**، حُكْمُ النازلة يتوقفُ على معرفة قواعد الخ، **فقررها ثم قال**: إذا تمهَّدَ هذا علمتَ أن شركاء البائع في نازلة السؤال – وهم الذين ورثوا معه حظ أمه – هم أحق بشفعة المبيع لاخَصيَّتُهم، فإذا أسقطوا أو سلَّموا كانت الشفعة لأخت جدتهم الموروث عنها ذلك، لأنها الشريك الأعمُّ دون أحفاد الخالين، لأنهم أجانبُ لا أعمُّ ولا أخص فيهم، ورُتْبَتُهم في الشفعة بعد الشريك الأعم، هذا لو كانت أخت الجدة المذكورة باقية على حقها، وفي السؤال أنها وهبته لولدها فهو كالمشتري، فإن قلنا يتنزل منزلة الواهبة كان أحق بالشفعة، وإن قلنا كأجنبي وجب أن يشاركه في الشفعة بنو أحفاد خاليه الأجانب، فتكون الشفعة بينهم وبينه على قدر أنصبائهم لا على عدد رؤوسهم، وهذا – إن شاء الله – الأليَقُ بالمقام، كيف وقد رُوي في الشريكين: الأعم والأخص أنهما سواء، **قال ابن القصار** : وهو القياس.

ابنُ عبد السلام: وهو ظاهر المدونة، وقول ابن دينار، قال: النفس إليه أميل، لأن الموجب للشفعة هو الشركة لا شركة مقيدة، والله سبحانه أعلم.(هـ).

ص330 **وسئل المري أيضا عن رجل اشترى ملكا بخمسين أوقية ثم باعه لآخر بمائة أوقية، ثم باعه هذا الثاني لثالث بمائتي أوقية**، فغرسه هذا الثالث وزينه وبلغ حد الإطعام، فطلب منه بيعه وأعطى له فيه ألف مثقال، والآن قام عليه في ذلك شفيع، فهل يلزم هذا الشفيع أن يأخذ بالشراء الأخير أو يخير؟، فإن كان الحكم التخيير وأخذ بالشراء الأول وقد صار المشتري الأول والثاني الآن عديمين لا مال لهما، فعلى من يرجع هذا الثالث؟، بين لنا الحكم في ذلك ؟

فأجاب : الذي اقتصر عليه ابن بطال في مُقنعه، والمواق في شرح المختصر هو قول أشهب: إنْ تَبايَعَها ثلاثةٌ فأخذها من الأول كتب عُهدته عليه، ودفَع من ثمن الشقص إلى الثالث ما اشتراه به، **لأنه يقول**: لا أدفع الشِقص حتى أقبضَ ما دفعتُ، ويدفع فضلا إن كان للأول، وإن فضل للثالث شيء مما اشتراه به رجع به على الثاني، وليس للثالث حبسه حتى يدفع إليه بقية ثمنه ثم يرجع الثاني على الأول بتمام ما اشترى به الشقص منه، وإن أخذها من الثاني فعهدته عليه، ويَثبُت بيع الأول ويدفع إلى الثالث من ثمن الشقص ما اشتراه به ويدفع فضلا إن كان للثاني، وإن فضل للثالث مما اشترى به الشقص شيء رجع به على الثاني لتمام بيعهما، وإن أخذها من الثالث كتب عهدته عليه وتم ما قبل ذلك من بيع.(هـ)، وظاهره لا فرق بين الملي والمعدم، والله أعلم.(هـ).

وسئل العلامة أبو مهدي عيسى بن عبد الرحمان السكيتي عن أخوين شريكين في فندق تركه والدهما في بلد صفاقص، فغاب أحد الأخوين إلى بلاد الجزائر وأقام بها نحو سبعة أعوام، فقام الأخ الصفاقصي وطلب من قاضي البلد أن يقْسمَ على أخيه الفندق المذكور، فقدَّمَ القاضي من يقسم على

الغائب، فقسم مع أخيه الحاضر، وتعين لكل واحد منهما حقه في ذلك، ثم إن الحاضر باع حانوتا من نصفه المعين له بالقسمة المذكورة لشخص، فلما بلغ خبر القسمة والبيع المذكورين الغائب المذكور رفع أمر القضية لقاضي الجزائر الذي هو بها وطلب الشفعة من يد مشتري الحانوت المذكور، فمكَّنه القاضي من الشفعة وأشهد بالأخذ بها شهود البلد، وكتب بخبر ذلك للبلاد التي بها الفندق المذكور، وأعلمه بالأخذ من يده وبمن يدفع له المال هناك إن شاء أو يأتي إليه ليقبض ماله، وبقي الأمر على ذلك، واتصلت غيبة الشفيع ولم يقبض المشفوعُ من يده المال مدة طويلة، ولم يزل الشفيع غائبا، هل له الشفعة – والحال ما سمعت –، ولا يُسقطها عدمُ قبض المال ولا قسمة القاضي أم لا؟.

ص 331 **فأجاب** : الشفعة لهذا الغائب، أيْ ثابتةٌ له، ولا يُسقطها قَسْمُ القاضي عليه ولا ما ذُكر في السؤال من عدم قبض الثمن، ولا فرق في وجوبها بين أن يُشهد بها في حال الغيبة أم لا، والله أعلم(هـ) .

وسئل الفقيه قاضي الجماعة بفاس سيدي علي المري عن رجل كان ترتب في ذمته لزوجه أربعُمائة أوقية من صداقها؛ ثم إنه صيَّر لها فيها فدانا وحازته كما يجب، ثم توفيت وأوصت بثلث متخلَّفها لمعَيَّنين، فورثَها زوجُها وأولادُها منه، واقتسموا مُتخلَّفها على فرائضهم، ولم يظهر حين القسم رسم الوصية المذكورة، فباع زوجها الفدان المذكور لأنه خرج في حصته من رجل آخر، وتصَرَّف فيه مدةَ حياة البائع المذكور، فلما توفي البائع ظهر رسم الوصية المذكورة واتصل به الموصَى لهم، فقاموا على المشتري للفدان بواجبهم فيه، فادعى المشتري صحة شرائه، وأن الفدَّان كان مرهونا، ولاكن فُكَّ بعد موتها وبيع كما ذُكر، وهم الآن يسألون إذا ثبت مُوجبهم في الفدان بالوصية المذكورة؛ هل لهم الشفعة في باقيه أم لا؟

فأجاب : حيثُ ثبت بيعُ الرجل للفدان بعد موت الموصية وبعد فدائه من المرتهن فثبت(*) الثلثُ للموصى لهم، والموصى لهم بالثلث أو بجزء مُعين يشفعون عند مالك، لأنهم كالعصبة يدخل عليهم أهل الميراث ولا يدخلون هم عليهم، وعند أشهب ومحمد أنهم كأهل سهم، والله أعلم(هـ) .

وسئل بعض الفقهاء عمن اشترى عرصة فقام عليه فيها شفيع بنفس الشراء، فقال له المشتري : أعطني دراهمي وخذ عرصتك ، فغاب الشفيع نحو شهر، واشتغل المشتري يخدم العرصة المذكورة وغرَس فيها ما تيسر له من الخُضر، ثم أتى له الشفيع بدراهمه فتنازعا في ذلك، فالشفيع يزعم أن غيبته هذه المدة لا تضره حيث قام عليه بحدْثان الشراء وأن الخضرة له، وأن غارسها متعد في ذلك، والمشتري يزعُم أن لا شفعة له حيث تغيَّب ولم يدفع له الثمن داخل ثلاثة أيام من طلبه له .

فأجاب : **أَجَلُ دفع مال الشفعة ثلاثة أيام**، فإذا خرجَتْ وهو لم يدفع الثمن سقطت شفعته، وله أخذ واجبه لا غير، والله أعلم(هـ) .

ص 332

قلت : **في هذا الجواب نظرٌ**، بل لا تَسقط شفعته بمضي ثلاثة أيام إلا إن كان التأجيل من القاضي لا من المشتري كما هنا، **لقول القلشاني** – في شرح الرسالة نقلا عن ابن المواز – **ما نصه** : إنْ وقَفَهُ غير السلطان لم يزل ذلك بيده حتى يُوقفه السلطان .(هـ)، **ولقول أبي الحسن** – في شرح الرسالة نقلا عن ابن عمر **ما نصه** : وإنما يوقفه المبتاعُ عند الحاكم ليأخذ أو يترك(هـ) .

نعم، إن لم يكن في البلد حاكم وأوقفه عند العدول **فقد سئل عن ذلك الإمام سيدي يحيى السراج فقيل له** : رجلٌ ابتاع شقصا من أحد الشريكين في ملك، فأحضَر المبتاعُ الشفيعَ بين يدي عدل ليأخذ أو يُسَلِّم فلم يفعل شيئاَ من الوجهين، فأشهَد المشتري بمحضر الشفيع أنه احتاج ثمنه، وأَجَّلَ في

(*) كذا في الأصل : فثبتت بالفاء، ولعله : ثبت بدون فاء، على أنّه جواب حيث، فيكون الكلام واضحا تاما لا يحتاج إلى كلام آخر متمِّم للمعنى، فليتأمل وليُحقق.

دفعه الشفيع ثلاثة أيام بموافقة العدلين، فانصرمت المدة ولم يأته الشفيع بالثمن، فزعم المشتري سقوط شفعته، والفرضُ أن لا قاضي في بلدهما حينئذ، والشفيعُ موسر، فهل يبطُلُ حقه في الشفعة كما ذُكر أم لا؟.

فأجاب بأنه يبطل حقه في الشفعة لما ذكر.(هـ).

وسئل العلامة المحقق السجلماسي عمن باع من آخر غلة زيتون وخلَّصه، ودخل البائع معه بالرُّبع من ربحها بعد بيعها على أن يخدم البائع تلك الغلة المبيعة من نفْض ونقْل وطحْن.

فهل يجوز هذا البيع أم لا؟، والذي يظهر لي أنه لا يجوز، لأن معناه أنه واجره المشتري على خدمته بالربع من الربح وهو مجهول لا يدري ما يكون منه، وكيف إذا عمد المشتري المذكور إلى تلك الغلة وباعها لغير بائعها منه، فهل للبائع الداخل برُبع الربح من ثمنها أن يشفع فيها؟، فإن البعض من طلبة الوقت أفتى بوجوب الشفعة قائلا: إنه شريك، ولم يظهر لي جوابُهُ ؟

فأجاب : لم يتبين في السؤال متى كان دخولُ البائع مع المشتري بالربع من الربح، فهل في عقد واحد مع البيع أو في عقد آخر بعد انبرام البيع، فإن كان الأول فالبيع فاسد الخ، وإن كان الثاني فالعقد الأول بيع صحيح، والثاني إجارةٌ فاسدة، لما ذكرتم من الجهل في الإجارة فتفسخ، وتكون خدمة الزيتون على مشتريه؛ هذا الحكمُ في المسألة لو لم يصدر بيع من المشتري، وأما حيث باع الغلة لغير بائعها منه، فعلى التقدير الأول – وهو فساد البيع من أصله – فلا إشكال، وعلى التقدير الثاني – وهو صحة البيع وفساد الإجارة – يمضي بيعه ويكون هذا البيع فسخا للإجارة الفاسدة، فإذا فُسخت لم تبق للبائع الأول شركة ولا نصيب يشفع به، بل لو فرضنا صحة دخوله بالربع في الربح لم تجب له شفعة، لأنها إنما تجب لمن له جزء شائع في كل جزء ولو قلَّ من أجزاء الكل كما بين بذلك الأجهوري كلام ابن رشد في مسألة الشريك بالأذرع، وهذا الرجل المسؤول عن شفعته لا شركة له إلا في

ص 333

الربح إن كان ربْحٌ، وهو لا يظهر إلا بعد البيع؛ وأما قبله فلا يقال فيه شريك إلا مجازا، بدليل صورة نفي الربح، ومن كان كذلك فكيف يقضى له بالشفعة؟، وهذا واضح، والله أعلم.(هـ).

قلت : **قال في المختصر** : «الشفعة أخذ شريك»(*). **قال الحطاب** : أي بجزء مشاع، وأما لو كان شريكا بأذرع وهي غيرُ معينة ففيها خلاف، قال مالك : لا شفعة، وأثبتها أشهب، ورجَّح ابن رشد الأول وأفتى به وحكم به بأمره.(هـ).

زاد الأجهوري : **فإن قلت** : كلٌّ من الجزء كالثلث والأذرع المذكورة شائعٌ.

قلت : شيوعهما مختلف، إذْ الجزء شائع في كل جزء ولو قل من أجزاء الكل، وليس كذلك الأذرع، فإذا كانت الأذرع خمسة مثلا فإنما هي شائعة في قدرها من الأذرع لا في أقل منها. **ومما يدل على افتراقهما** أن الأذرُعَ مضمونة على البائع وحده، فإذا حصل غصب أو استحقاق لبعض الأرض المبيع منها الأذرع لم يكن على المبتاع من ذلك شيء.(هـ).

ص 331

قلت : **هذا ما أشار إليه السجلماسي في جوابه، ولاكن بقي أن يقال** : إذا كانت عقدة الربُّع صحيحة فللبائع أن يمنع المشتري من بيع الغلة لغيره، إذ كيف يعقد معه التصرف فيها بالرُّبع ثم يبيعها لغيره، مع أن الإجارة تلزم بالعقد كالبيع، وقد ذكروا فيمن أكرى دارا مثلا لرجل إلى سنة ثم باعها لغير المكتري : إن ذلك لا يجوز إلا أن يأذن فيه المكتري، تأملْه، والله أعلم.

وسئل العلامة الورزازي عمن ابتاع شقصا بمال ثم دفع عروضا، بم يأخذ الشفيع الشقص؟.

فأجاب : **قال الإمام ابن مرزوق** : من ابتاع شِقْصًا بمائة مثقال ودفع للبائع زيتا قيمته خمسون مثقالا فإنما يأخذ الشفيع الشقص بمائة

(*) أي في أول باب الشفعة وتعريفه لها بذلك كما سبقت الإشارة إليه في أول هامش من نوازل هذا الباب.

مثقال التي وقع بها البيع، إلا أن يشترط الزيت عند العقد فتكون به الشفعة، والله أعلم.

وسئل أيضا عن الشفيع إذا طلب من المشتري أن يوليه الشقص، هل تبطل شفعته أم لا؟

فأجاب: قال الإمامُ ابن محسود: إذا طلب الشفيعُ من شريكه أن يُوَلِّيه شقصا فامتنع، فأراد أن يأخذه بالشفعة فله ذلك، ولا يضره طلب التولية. والله أعلم.

وسئل أيضا عن الشفيع إذا كان غائبا واجتمع مع المشتري في غير بلد الشقص. هل تبقى له الشفعة ما دام غائبا أم لا؟

ص 334 **فأجاب**: **قال في المدونة**: إذا كانت الدارُ في غير البلد الذي اجتمعَ فيه الشفيع والمشتري فالشفيع كالحاضر فيما تسقط به الشفعة من المدة، ولا حجة للشفيع في أنه لا ينقُدُ حتى يقبض، لجواز النقد في الربع الغائب، والله تعالى أعلم. (هـ).

وسئل بعض الشيوخ كما في المعيار.

فأجاب: صُلْح الوصي عمَّن إلى نظره بشقص يوجب للشريك الشفعة يعني إذا ترتب للمحجور مال في ذمة الوصي وصيَّر له فيه شقصا فلشريكه الشفعة فيه من يد المحجور، ودفعُهُ له على وجه التمخي، أي التحَرِّي، لما عسى أن يكون ترتَّبَ له في ذمته لا يوجب للشريك الشفعة فيه، على هذا درجَتْ نصوصُ الموثقين قاطبة. (هـ).

وسئل ابن الحاج معاصِرُ ابن رشد عن المشتري يدَّعي أنه اشترى مقسوما، وقال الشفيع: بل اشتريت غير مقسوم.

فأجاب: القول قول الشفيع، وعلى مدعي القسمة البينة؛

قال: ولو ادَّعَى المشتري أنها كانت قسْمَةَ بَتٍّ، وادعى الشفيع أنها كانت قسمةَ استغلال واستمْتاع كان القول قول الشفيع، وعلى المشتري إقامة

البينة أنها كانت قسمَة بَتٍّ، وكذلك لو أن شريكين يدعي أحدهما أنه قاسَمَ شريكه قسمةَ مُتعة، وقال الآخر: بل قسْمة بتّ، فيُشبه اختلاف المتبايعين إذا قال أحدهما: بعت منك بيعَ بتّ، وقال الآخرُ: بل بيْع خيار، أن القول قولُ مدعي البت مع يمينه، فتدَبَّرْه.(هـ).

وسئل أيضا عن جماعة من الناس انتقل إليهم شقص من أبيهم أو من غيره بالهبة أو بالصدقة، هل يكونون شفعاء بينهم كأهل سهم واحد، أو إنما ذلك إذا انتقل إليهم بالميراث؟

فأجاب فيها حين نزلت: أنهم كأهل سهم واحد، قال السائل: وكأنه ظهر إليَّ أنما ذلك إذا انتقل بالميراث، فتدبَّرْ ذلك وفتِّشْه في مواضعه.(هـ).

وسئل ابن كوثر عمن ادعى الجهل بالشفعة.

فأجاب : لا يُلتفت إلى قوله، ونزلتْ فحكمتُ فيها بهذا، وأعلمتُ محمد ابن قاسم فصَوَّبه، وقال به هو وغيره، ثم نزلت فرجع ابن قاسم عن قوله، وثَبتَ عليه أبو شاكر وغيره. فأنفذت القضاء بقولهم، ولم ألتفت إلى رجوعه، وهذه المسألة رواها ابن عَتَّاب عن أبي المطرف بن بشير(هـ).

قلت : قال الزرقاني، نقلا عن بهرام: وانظر لو اشترى الشفيعُ الحصة جاهلا بحكم الشفعة، هل يعذر بذلك أم لا؟، وينبغي أن يكون معذورا، لأنها ليست من المسائل التي لا يُعذر فيها بالجهل.(هـ).

قلت : ذكر أبو الحسن، -ونحوُهُ في الحطاب عن ابن كوثر، والتتائي عن الذخيرة عن ابن عتاب، أنه لا يُعذر بالجهل ولو كان امرأة، ففي الشارح قصورٌ ومخالفة للنقل.(هـ).

ص 335 **وقال أيضا**: وأما لو علم أي الشفيع بالبيع وادعى جهل الأخذ بالشفعة فلا يُعذر ولو كان امرأة، لأن الناس لا يجهلون أمر الشفعة كالمعتقة تحت العبد، قاله أبو الحسن.(هـ).

قلت: قال الشيخ الرهوني على قول المختصر في الحضانة: «إلا أن يعلم ويسكت العام»[26م] – أي فتسقُطُ حضانتُهُ– **ما نصه: قول الزرقاني**: (أو عَلِم به وجَهِل الحكم الخ) يحتمل أن المراد بجهل الحكم جهْلُ كون السكوت عاما مُسقطا، فإن كان هذا مراده فانظر من قال إن ذلك عُذْرٌ هنا، فإني لم أرَهُ بعد البحث عنه، والجاري على ما قالوه في سكوت من له الشفعة ما يُسقطها جاهلا بذلك أنه لا يُعذر هنا وهو الظاهر، وقياسُ مسائل الحضانة على مسائل الشفعة واقع في كلام الأئمة، ويحتمل أن يكون أراد بجهل الحكم جهل أن له الحضانة بتزوج الأم مثلا وبعد زوال عذره، وهو حينئذ صحيح، **لقول اللخمي: قال مالك في كتاب محمد**: إذا تركت ولدها من عُذر بأن مرضت أو انقطع لبنها أو جَهلت أن ذلك لها فلها انتزاعه، إنتهى.

ونقله اللقاني، وأقره ابن عرفة وسلمه، ونصُّهُ: روى محمد: إن جَهلت أن لها الحضانةَ فلها انتزاعه. **قلت**: فجعلها مما تعذر فيه بالجهل.(هـ)، **تأمْله**.

قلت: قال الزرقاني، على قول المختصر في الشفعة: «وإلاَّ سنة»[27] بعد كلام، **ما نصُّهُ**:

(26م) وذلك في آخر فصل من النصف الأول للمختصر، وهو الفصل الذي تضمن أحكام النفقة على الرقيق والدابة والقريب، والذي بدأه بقوله: «فصلٌ، إنما تجب نفقة رقيقه ودابته إن لم يكن مَرْعى وإلا بيعَ كتكليفه من العمل ما لا يطيق.الخ».

ففي أواخر هذا الفصل تناول المؤلف أحكام الحضانة.

والعبارة المذكورة جاءت عنده في سياق ذكر شروط الحضانة وأسباب سقوطها فقال: «وشرْطُها للذكر من يحضِن، وللأنثى الخلوّ عن زوج دخل، إلا أن يعلم ويسكت العام».

والمعنى: وشرْطُ ثبوتها للذكر أن يكون عنده من يصلح للحضانة، من زوجة أو سُرِّية أو خادمة، وشرطها للأنثى خلوها من زوج، إلا أن يعلم من لهُ حق الحضانة بعدها بدخول زوجها بها وسقوط حقها، ويسكت بعد علمه بلا عذر، العام من يوم علمه، فلا تسقط حضانتها. إلخ.

(27) وذلك في سياق وبيان مسقطات الشفعة، المشار إليها عند المصنف في الهامش رقم 6 من نوازل الشفعة.

ومن تلك المسقطات ما جاء في قوله: «أو سكت (الشفيع) شهرين، فهو، أي سكوته، مسقط شفعته إن حضر العقد (أي عقد شراء الشقص المراد شفعته)، وإن لم يحضر العقد سقطت شفعته بسكوته سنة». قال ابن غازي: هذه طريقة ابن رشد.=

وما ذكره النص من الإسقاط بمضي الأمد المسقط جار في الشريك القريب والبعيد، فإذا مضى الأمدُ، والشفعةُ للمشارِك في السهم ثم لمن بعده، فإنه يسقط حقُّهما، ولا يُلتفت لقول البعيد: إنما سكتت لوجود من هو أقربُ مني، أنظر الحطاب. (هـ).

ومثله قول المعيار عن ابن رشد: وإذا لم يقم واحد من الشفعاء يطلب الشفعة حتى مضى أمُد انقطاعها على الاختلاف في حد ذلك سقطت شفعتهم جميعا: البعيد والقريب منهم، ولا حجة للبعيد فيما احتجَّ به من أن القريب كان أحق بالشفعة منه، فلذلك لم يقُم يطلبها، لأن سكوته عن أن يقوم بشفعته فيأخذ بها إن كان الأقرب غائبا، أو يوقفه على الأخذ أو الترك إن كان حاضرا، مُسْقِطٌ لحقه فيها، وبالله التوفيق.

وتلقَّى كلام ابن رشد هذا بالقبول غيرُ واحد من المحققين واعتمدوه، وبحث فيه ابن عرفة بقوله: هذا كالمنافي لما قاله ابن المواز في العذر باستثقال الناس الرفع إلى القضاة، فتأمله (هـ).

ونقله ابن غازي وسلَّمه، **وبحث في كلام ابن عرفة الشيخ الرهوني فقال**: من تأمل وأنصف ظهر له أنه لا دليل لابن عرفة في كلام ابن المواز على تعقبه كلام ابن رشد الذي تلقاه غير واحد بالقبول.

ص 336

أما أولا : فإن ابن رشد لم يقل: يوقفه عند السلطان حتى ينافي ما قاله ابن المواز، فيُحمل كلامه على أن مراده إيقافه عند البينة، فلا منافاة.

وأما ثانيا : فإنَّ حَمْل كلام ابن المواز على العموم في كل مسألة، فيه نظر، **لأنه يلزم عليه** أن الشفيع إذا طلب من المشتري الأخذ بالشفعة فمنعه

= ومحصّل هذه المسألة أنه (أي الشفيع) إن لم يكتب شهادته وقام بالقرب مثل الشهرين كانت له الشفعة دون يمين، وإن لم يقم إلا بعد السبعة أو التسعة أو السنة على ما في المدونة كانت الشفعة بعد يمينه إن لم يترك القيام راضيا بإسقاطه حقه، وإن طال الأمر أكثر من السنة لم تكن له شفعة، وأما إن كتب شهادته وقام بالقرب العشرة الأيام ونحوها كانت له الشفعة بعد يمينه، وإن لم يقم إلا بعد شهرين لم تكن له شفعة.. الخ.

منها فلم يرفعه إلى الحاكم ولا أشهدَ بأخذه بها حتى مضى ما يسقطها أنها لا تسقط، وليس كذلك. **ويلزم عليه أيضا** أن من حيز عليه ماله أمد الحيازة ولم يرفع إلى السلطان أنه لا حيازة عليه، وليس كذلك، وإنما مراد ابن المواز -والله أعلم-، أن ذلك عذر في نحو موضوع كلامه، وهو قوله: (لاستثقال الناس أن يكون هناك عذر زائدٌ كغيبة المشتري هنا)، لأن في ذلك إثبات الغيبة وبعدها ونحو ذلك مما لا يحتاج إليه عند حضوره إلى أن قال: فتأمله بإنصاف، والله أعلم. (هـ).

قلت: والصواب ما قاله ابن عرفة، ولذلك نقله التسولي في شرح التحفة وسلَّمه. وأما حمل كلام ابن رشد على الوقف عند العدول فلا يصح، لما تقدم عن القلشاني وأبي الحسن شارحي الرسالة أن الوقف إذا لم يكن عند السلطان فلا عبرة به.

وأما قوله: (لأنه يلزم عليه أن الشفيع إذا طلب.. إلى آخره)، فغير جيّد، لأن الشفيع إذا طلب الشفعة من المشتري الحاضر فمنعه منها فهو متمكن منها - بدون رفع للحاكم - بأن يُشهد بالأخذ بها جهارا لا سرًّا، فتركُهُ الإشهاد بالأخذ حتى انقضت مدتها تسليمٌ منه لها، بخلاف الأبعَد هنا فلا يتمكن منها إلا بالرفع للحاكم، وذلك عذرٌ، لاستثقال الناس بالرفع للحاكم، فهو يحتج بمن لا عذر له في الأخذ على من له عذر، وذلك غلط منه.

(**وأما إلزامه أن من حيز عليه ماله** إذا لم يرفع للحاكم فلا حيازة عليه) **فغير جيد أيضا، لأن من حيز عليه مالُه عشر سنين وهو ساكتٌ بلا مانع دلَّت العادة أنه سامح فيه للحائز**، بخلاف ما هنا إذا سكت الأبعدُ لوجود الأقرب، فليس هنا عادة تدل على إسقاط الأبعد الشفعة، تأمله. **فاحتجاجه بما دلت العادة على المسامحة فيه على من لم تدل فيه على المسامحة غلط أيضا؛ وقد قال الرهوني نفسه:** إن هذا الباب مع باب الحضانة سواء، والمنصوص في **الحضانة أن سكوت الأعم سَنَة لا يُسقطها، فقد قال في حواشيه في باب الحضانة ما نصه:**

تنبيه: لم يتعرض الزرقاني ولا غيره ممن وقفنا عليه لسكوت العام، هل هو مسقط لحق من كانت لها الحضانة فقط دون مَنْ بعْدَها، أو مسقط لحق الجميع؟، **وفي نوازل الخلع والحضانة في الفرع السادس والخمسين ما نصه: سئل القاضي محمد** ابن يبقَى بن زرب عن مطلَّقة تركت ابنا لها صغيراً عند زوجها أبيه سنة ولها أم لم تطلبه أيضا في داخل السنة.

ص 337 **فأجاب** : إذا انقضت السَّنَةُ فلا سبيل للمرأة إلى حضانة ابنها.

قيل له: وينبغي لأمها جدة الصبي أخذُه، **فقال**: **لم؟**، **فقيل**: **لأن من حجتها أن تقول**: إنما تركت أن أطلبه في السنة إذ علمت أن ابنتي كان لها أن تأخذه قبل انقضائها، فلم يكن لي أن آخذه قبل مرور السنة إلا برضى ابنتي، **ففكرَّ القاضي فيها حينا ثم قال**: **كذلك هو**، **قيل له**: فعلى هذا يكون للجدة أخذه ما لم تمض السنة الثانية، **فقال**: **نعم**(هـ). **ثم وجدت نحوه للشيخ أحمد بابا عن البرزلي عن أحكام الشعبي**.

قلت: **سلَّم صاحب الفائق هذا التعليل**، وانظره مع إلغاء الفقهاء هذه العلة في نظيرتها، وهي مسألة سكوت الشفيع الأخَصِّ عن طلب الشفعة المدة المسقطة لها، **فقد قالوا**: إنه ينقطع حق الشريك الأعَمِّ بانقضاء تلك المدة، ولا يُستأنفُ له مدة أخرى، ولم يلتفتوا إلى اعتذاره بهذه العلة، **والظاهر أن المسألتين سواء، فيجري في كل منهما ما قيل في الأخرى، لأن البابين سواء في المعنى، ولذلك أخذ الأئمة مسائل من الحضانة عن الشفعة الخ، والله أعلم**.

ووقع السؤال عن الزينة المحدثة في الحوانيت وغيرها.

والجواب بهذا :

الحمد لله، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم.

وبعد، فالجواب عن هذه النازلة أن الحكم فيها غيرُ منصوصٍ لأحد من الأئمة، لكونها قريبة عهد بحدوث، فوجب المصير فيها إلى القواعد ومقتضى النصوص في غيرها.

فلتعلم أولا أن الزينة عبارة عما يزين به الشخص المحلَّ من جبس وخشب وباب ومساطير وقفل ومفتاح ونحو هذا، على أنه كلما خَلقَتْ هذه الأمور جَدَّدهَا من مَاله الخاص به، ولازِمُها ملْكُ الاختصاص بالمحل بكرائه المعتاد، فهي عبارة عن الملزوم باعتبار لازمه.

ولتعلم ثانيا أن الشفعة إنما شُرعت لرفع ضرر الشركة، ومقتضى ذلك وجوب الشفعة في الزينة المذكورة، لأن الضرر فيها أبين من غيرها، لأن الحوانيت تُشترى أو تُكترى ليعمرها المشتري. فإذا كان المالك الأصلي معتمرها دخله الضرر العظيم في اعتمار الغير معه، لأنه يفضي به إلى نقص روجان سلعه وإلى التكشف على مكسبه.

وأيضا الزينة المذكورة مملوكٌ متموَّل، وكل مملوك متموَّل تجب فيه الشفعة، إلا ما نص الأئمة على استثنائه بعينه، ولم ينص أحد من الأئمة على أن الزينة لا شفعة فيها.

وأيضا هي مشتملةٌ على أنقاض، وبيعُ الأنقاض والبناء فيه الشفعة اتفاقا، قاله في البهجة.

ص 338 **وأيضا نص الأئمة على وجوب الشفعة في الجزاء، قال في التوضيح**: ينبغي أن يُتَّفَقَ في الأحكار التي عندنا بمصْرَ أن تجب الشفعة في البناء القائم به، لأن العادة أن رب الأرض لا يُخرج صاحب البناء أصلا، فكان ذلك بمنزلة صاحب الأرض.(هـ).

نقله الزرقاني. وزاد أنه يؤخذ منه أن شريكَيْ بلد في الالتزام بمصر، لأحدهما الشفعة إذا باع الآخر حصته، وبه أفتى سيدي علي الأجهوري؛ **ونحوَه كتب الوالد، ونصه**: وكذا ينبغي الشفعة في الأرض الخراجية، لأن العادة أنهم لا يخرجون منها.(هـ)، وسلَّمه الشيخ بناني والشيخ الرهوني، **قال بناني: والأحكار جمع حَكر، وهو المعروف عندنا بالجزاء.**

وأيضا أفتى الشيخ بن رحال وتلميذه الشدادي بوجوب الشفعة في الجلسة.

وقال العلامة المساوي وقع السؤال عنها.

فأجاب بعض أصحابنا -بعد أن بين أن مرجعها إلى الكراء إلا أنه على التزام التبقية للمكتري وعدم إخراجه- **بأن القياس ثبوت الشفعة فيها**، كما أن غيرها من صور الكراء تجب فيه الشفعة على ما جرى به العمل (هـ) المراد منه.

وقضية ذلك - أعني وجوبَ الشفعة **في الجزاء على ما قاله في التوضيح وجزموا به**-، **وقضية وجوبها في الجلسة على ما أفتى به** مَنْ ذَكَرْنا، وجوبُها في الزينة المذكورة أيضا، لأنها شبيهة بالجزاء وبالجلسة.

فإن قلت: أفتى الشيخ التاودي بعدم الشفعة في الجلسة، وقال العلامة المسناوي - بعد ما تقدم عنه عن شيخه سيدي العربي بردلة -: إنه **كان يقول بعدم الشفعة فيها**، **قال: وقال لي: ما حكمت بها قط**، واعتل لذلك بأن الجلسة راجعة في الحقيقة إلى الكراء على التبقية، وشَرْطُ الشفعة في الكراء أن يسكن الشفيع بنفسه، وأصحابُ الجلسة لا يسكنونها في الغالب، وإنما يُكرُونها لمن يسكنها، ونقل ذلك عن بعض القضاة من أشياخه، ثم نظر الشيخ (مَسْنَ) فيما إذا سكن الشفيع بنفسه، هل يمكَّن من الشفعة فيها على مقتضى التعليل المذكور، أو يمنع على مقتضى إطلاق من ذُكِر. (هـ)، نقله الشيخ (مب)(*) وسكت عنه كما سكت عنه العلامة (هوني).

قلنا: اعترضه العلامة التسولي قائلا: كيف لا يكون فيها شفعة، وبيعُ جزء منها بيع لجزء أنقاضها وأشجارها، وبيعُ الأنقاض فيه الشفعة اتفاقا.

وأيضا قال في التوضيح: ينبغي أن يُتفق في الأحكار أن تجب الشفعة في البناء القائم فيه(**).

(*) المراد بالحرفين: اختزال كلمة محمد بناني محشي الزرقاني على مختصر خليل، كما سبقت الإشارة في مقدمة الجزء الثالث إلى مصطلحات هذه الحروف. وبالحروف: مسْن، الشيخ المسناوي، والمراد ب (هوني)، الشيخ الرهوني. الخ، رحم الله الجميع.

(**) كذا في الأصل، والمراد فيها، أيْ الأحكار، إلخ. فليتأمل وليحقق.

وأيضا، الشفعة إنما شرعت لرفع الضرر، والضرر في الجلسة أقوى، لأنه مستدام، والتعليل الذي ذكروه منقوض أولاً بما ذكره ابن ناجي من أن العمل على عدم اشتراط السكنى في الكراء، أي ومن ثمَّ لم يذكره صاحب العمل الفاسي، وأطلق في وجوب الشفعة فيه. **قال شارحه**: ظاهر إطلاق الناظم عدمُ اشتراط السكنى. **قال ابنُ ناجي**: **وبه العمل عندنا** الخ.

ص 339 **وأيضا**، على فرض اعتبار الشرط المذكور فينبغي أن تكون الشفعة في الجلسة أيضا على اعتباره، ولا وجه لإطلاق المنع فيها، فمن كان يستغل بنفسه شفَعَ، ومن لا فلا كالكراء سواء، وكونُ مُلاَّكها لا يعتمرونها لا يُقَرُّون عليه، أي لا يُقَرُّون على الشفعة مع عدم الاعتمار، بل يُجبرون على المنع منها عند عدم الاعتمار، وعلى التمكين منها عند وجوده.

وأيضا قد نص ابن رحال والشدادي على وجوب الشفعة فيها، وهم متأخرون عن القاضي بردلة في الوفاة وإن أدركوا عصره، فلا يخفى عليهم العمل الذي انفرد بنقله(هـ).

أي ويؤيده أيضا أن القاعد بالمرصاد لجمع عمليات فاس، وهو أبو زيد الفاسي، لم ينقله أيضا ولا عرَّج عليه، فبالضرورة يتعين أن يكون كلام بردلة جاريا على مقتضى التعليل الذي ذكره وهو عدم الاعتمار، فيكون العمل مخصوصا بعدم الاعتمار لا مطلقا، فيوافق حينئذ ما ذكره الشيخ مب وغيرُه في الكراء من جريان العمل فيه بوجوب الشفعة فيه بشرط الاعتمار، ويصير الخلاف في الجلسة حينئذ كالخلاف في الكراء، والشيخُ مب نقل كلام مسن المتقدم وسكت عنه كما سكت الشيخ هوني، فليس لهما أكثر من السكوت، وقد علمت أن مسن نظر في كلام بردلة وتوقَّف.

وبهذا الحمل الذي يجب فهم كلام الشيخ بردلة عليه ينتفي الشرط المذكور، ويصير كلام بردلة موافقا لكلام ابن رحال والشدادي، وجاريا على القياس في الكراء وعلى العمل الذي نص عليه غير واحد فيه.

وبه يُعلم أيضا صحة ما قاله العلامة التسولي من وجوب الشفعة في الجلسة وصحة استدلاله لذلك، وبطلان اعتراض من اعترض عليه بسوء فهمه.

فاتضح لك من هذا أن الشفعة في الزينة هو الذي تقتضيه القواعد ويشهد له القياس، وتدل عليه النصوص. ويؤخذ من مسألة الجزاء وكذا من مسألة الجلسة، ولا يعكِّر عليه مالبردلة وغيره في الجلسة، لأنه في الحقيقة موافق لا مخالفٌ، وعلى فرض مخالفته فالنصوص والقواعد تردهُ، وعلى فرض صحته وعدم رده فالزينة لا تُقاس عليه، لأنه خارج عن مقتضى القياس،

وقد تقرر أن المخالف للقياس لا يقاس عليه، تأمل ذلك كله، والله أعلم وكتبه عبد ربه محمد الصنهاجي(هـ).

وسئلت عن هذه الفتوى فأجبت :

ص 340

الحمد لله، لا شفعة في الجلسة والزينة معا، وعَمَلُ القضاة منذ أدركنا على نفيها فيهما، وما رأينا ولا سمعنا قط أن أحدا من القضاة حكم بالشفعة فيهما، بل كلهم يحكمون فيهما بنفيها، وهذا أمر شائع بفاس يعرفه العدول والوكلاء والحكام، بل والتجار وغيرهم من أرباب الثروة الممارسين للخصام، فالإفتاء بالشفعة فيهما اليوم فتح لأبواب الهرج واللجاج، وطَرْحٌ لما جرى به العمل من عدم الشفعة، وانعقد عليه من أهل العصر الإجماع، فيخسا الذي للغي يبغي توصلا. ولما وقع النزاع في المسألة رُفعت للأعتاب الشريفة، فخرج الحكم بعدم الشفعة في الزينة.

أما الجلسة ففي أجوبة الشيخ المسناوي أنه سئل عن جلسة حانوت مشتركة بين أناس على ما هو المعتاد في جلس الحوانيت، وأصلُها لجانب الحبس، ثم إن بعض الشركاء باع نصيبه من تلك الجلسة لأجنبي فأراد بعض الشركاء أن يأخذه من يده بالشفعة، فهل سيدي له ذلك أم لا؟ جوابا شافيا.

فأجاب : الحمد لله، الجوابُ أن قياس ثبوت الشفعة في الكراء ثبوتها فيها، إذ هي منه، لاكن جرى عمل القضاة بهذه الحضرة بعدم شفعتها، وكان

وجهه أن القول بشفعة الكراء خلاف المشهور، وإذ قد جرى العمل به فيقتصر فيه على ما ورد عن الحكام به، تقليلا لمخالفة المشهور ما أمكن، والله أعلم إلخ ما تقدم.

وأما الزينة فهذا الحكم جار فيها، لأنها خَلَفٌ عنها، ويقال لها الغبطة والمفتاح، فهي خلف عن الجلسة وناسخة لها، ولم يبق لها ذكر معها، بل صارت اليوم الجلسة اسما بلا مسمى، فأُعطيتْ حُكْمها الذي هو عدم الشفعة، لأن البدل يُعطى حكم المبدَل منه، وليست هي عبارة عما يُزَيَّن به الحوانيت من جص وخشب وباب وقفل الخ كما تُوُهِّم، بل هي عبارة عن الاختصاص بمفتاح الحانوت مثلا ورفْع يد الغير والتصرف في المنفعة دون اشتراك دائما بما يجوز للمكتري أن يفعله فيها وإن كان مَن مَلكها يفعل تلك الأمور التي هي الجص والخشب والقفل الخ، لاكن ليس ذلك هو المقصود منها، بل المقصود منها هو الاختصاص بالمفتاح، والتصرفُ في المنفعة بلا مشارك، بخلاف الجلسة فإنها اكتراءُ محل كان لوضع مواعين الخدمة وآلاتها فيه إلى مدة، فإذا انقضت جددت، وهكذا على الدوام، فهي كراء على التبقية، وكذا الجزاء هو اكتراء محل أيضا للغرس أو للبناء فيه إلى مدة، مهما انقضت المدة جددت أيضا على الدوام، فالجامع بين هذه الثلاثة أنها كلها على التأبيد، ولاكن الشفعة إنما هي في الجزاء منها لا غير. ولذا قال العلامة سيدي محمد التماق في (إزالة الدُّلسة عن وجه الجلسة) ما نصه:

ربما سمعنا عن بعض الأسواق المغبوطة في هذه الأزمنة كالقيسارية والعطارين أن من تكون بيده الحانوت ينبغي أن يعطيه الداخلُ لها برضاه ما يتفقان عليه فيما بينهما ليرفع له يده عنها، ويُسمُّون ذلك شراء المفتاح من الساكن، ولا مدخل في ذلك لذي الأصل الذي عقده أوَّلاً للساكن أو ذي المنفعة، **فانظر هذا الحادث فهو غير الجلسة على كل حال، وتأمل هل هو من معنى الخلو أيضا عند المشارقة، أو الخُلُوُّ قطعا هُو -كما تقرر- نظير الجلسة**، والله أعلم.(هـ).

ص 341

وقال البدر القرافي في (الدرر المنيفة في الفراغ عن الوظيفة) ما نصه:

وهنا فائدةٌ انجرَّ الكلام إليها لتعلقها بهذا المقام، وهي كثيرة الورود وحديثة العهود، لم يقع في كلام فقهائنا - فيما أعلم - التعرض إليها ولا التوجه إليها، وهي أن حوانيت الأوقاف بمصر جرت عادة سكانها أنه إذا أراد أحدهم الخروج من ذلك الحانوت أخذ من الآخر مالا على أن ينتفعَ بالسكنى في ذلك الحانوت، **ويسمُّون ذلك القدر المأخوذ من المال خُلُوا**، ويتداولون ذلك بينهم واحدا بعد واحد وهكذا، وليس يعودُ على تلك الأوقاف من ذلك نفعٌ أصلا غير إجارة الحانوت، بل الغالبُ أن أجرة ذلك الحانوت أقلُّ من أجرة المثل بسبب ما يدفعه الآخذُ من الخلو الخ، فليس في كلامهم كما ترى أنها خشَبٌ وقُفْل وجص وغير ذلك مما تُوهِّم، وإنما فيه أنها رفعُ يد الغير عن التصرف في المنفعة والاستبداد بها، وعليه فهي من ناحية الجلسة التي هي كراء على التبقية قطعا، **والعمل فيها عند المتأخرين بعدم الشفعة، فيتعين الوقوف عنده، بل فسر العلامة سيدي شقرون بن هبة الله التلمساني الجلسة بالزينة فقال**: الذي وقع عليه العقد هو الاختصاص قياسا على مسألة المعدن وردود الشابل وأشباه ذلك الخ.

ونظيرُ ما قلناه في الزينة: (أن المقصود منها هو الاختصاص) **قولُ العلامة سيدي محمد بن القادر الفاسي في جواب له عن الجلسة ما نصه**: ولا يُعتبر اللفظ الواقعُ في العقود إذا خالف المقصود كما قاله التازغدري، والذي يظهر في معنى الجلسة ما قاله بعض المحققين أن أصلها إنما هو المنفعة المتملَّكة بقصد الكراء، ولو كان مجرد الماعون والآلات هي المبيعة فقط ما أعطى الناسُ تلك الأثمان ولا ما يقاربها الخ، وفي كلام صاحب البهجة مناقشات إلخ ما تقدم.

وإذ قد فرغنا من حكمها فلنرجع إلى كلام الزاعم فنقول:

قوله: (أن الحكم فيها غيرُ منصوص لأحد من الأئمة لكونها قريبة العهد الخ) إنما لم ينُصُّوا عليه بالخصوص اكتفاء عنها بالجلسة لأنها في

معناها، وقد نصوا على عدم الشفعة فيها، على أنه قد وقع الحكم فيهما بنفي الشفعة منذ ظهرتا، وذلك كاف.

ص 342 **وقوله**: (فلتعلم أولا أن الزينة عبارة عما يزين به الخ) قد أسلفنا أن هذا لا مستند له فيه، وإنما هو شيءٌ توهَّمَه مخالف لكلام الأئمة، فلا عبرة به.

وقوله: (أن الشفعة إنما شرعت لنفي الضرر الخ) غيرُ مُسَلَّمٍ في الكراء الذي هو النازلة وإن كان صحيحا في البيع، إذ لو كان كما قال لم يكن المشهورُ في الكراء هو عدم الشفعة، تأمَّله.

وقوله (فإذا كان المالك الأصلي معتمرها دخل عليه الضرر الخ) **غيرُ صواب**، لأنه إنما يقال ذلك لو كان يملكها كلَّها، أمَّا حيث كان يملك بعضها فقط فلا ضرر عليه فيما لا ملك له. وأيضا فهذه العلة تجري في شريكه، لأنه يتضرر به أيضا.

وقوله: (وكل مملوك متموَّل تجب فيه الشفعة الخ) **باطلٌ**، بل إنما تجب في الأرض وما اتصل بها من بناء أو شجر لا غيرُ، **وفي المختَصَر**: « عقارا إن انقسم »[28] الخ، **وفي التحفة**: وفي الأصول شفعة الخ.

وقوله: (ولم ينُصَّ أحد من الأئمة على أن الزينة لا شفعة فيها الخ) **باطل أيضا**.

أما أولا فنصوا على أن لا شفعة في الجلسة وهي في معناها،

وأما ثانيا فإنهم حكموا بعدم الشفعة فيها منذ ظهرت، وذلك أزيدُ من مائة عام، ولم يُسمع قط أن قاضيا حكم بها فيها، وذلك أقوى من النص الذي طلبه.

---

(28) وذلك في تعريف الشفعة، في أول باب الكلام على أحكامها في متن الشيخ خليل.
والمعنى أن الشفعة هي أخذ شريك ممن تجدد ملكه اللازمُ اختيارا بمعاوضة عقارا ـ ولو مناقلا ـ إن انقسم. .الخ كما سبقت الإشارة إلى ذلك في الهوامش1 ، 13 .
وبيت التحفة هنا في أول فصل الشفعة، والأشياء التي تكون فيها، هو قوله:
وفي الأصول شفعة مما شُرِع .·. في ذي الشياع وبحد تمتنعْ.

وقوله أيضا: (مشتملة على الأنقاض، وبيعُ الأنقاض والبناء فيه الشفعة اتفاقا الخ) الأنقاضُ التي فيها الشفعة هي الشجر والبناء لا غير، وهو قول المختصر: «كشجر وبناء بأرض حُبس أو مُعير..» الخ[29]، ولا شيء من ذلك بموجود هنا.

وقوله أيضا: (نص الأئمة على وجوب الشفعة في الجزاء الخ)، من المعلوم أن العمدة في كل نازلة على المنصوص فيها، وعليه فحيث نصوا على الشفعة في الجزاء وعلى عدمها في غيره فيُتَّبَعُ كلامهم، **إذ لا قياس مع وجود النص بخلافه.**

وقوله: (وأيضا أفتى ابن رحال والشدادي بوجوب الشفعة في الجلسة الخ) تقدَّم ما فيه، وأن العمل على خلافه.

وبالجملة فهذا الكلام إنما فيه تحفيَّة العقل بلا طائل، فلْنُمْسِكْ عنان القلم، والله أعلم بالصواب. قاله وكتبه المهدي الوزاني لطف الله به.

وسئل ابن عتاب بمحضر ابن سهل عن الشفيع يطلب الشفعة في الشقص المبيع، فطلبه المشتري بالأجرة التي أداها عند ابتياعه مع الثمن.

فأجاب: إنَّ ذلك لازم للشفيع مع الثمن؛ **ابن سهل**: **ثم سألتُ أبا عمر بن القطان عن ذلك فقال لي**: إنما يلزمه غرم الأجرة، فسألته عن العلة وهل فيه رواية؟، فلم يأت بما يُعتمد عليه، غير أنه قال: بذلك وصل المشتري إلى الشراء فيلزم الشفيع غُرْمُهُ، **فقلت له**: أرأيتَ إن كان أدى من الأُجرة أكثر من المعهود بين الناس، فكأنه ذهب إلى أنه لا يلزمُ جميعُها كما إذا كانت كثيرة جدا، **فقلت له**: أرأيت إن طلبه أيضا بأجرة كاتب وثيقة الشراء؛ **فقال**: يلزمه

(29) وذلك في باب الشفعة، وفي سياق بيان ما تكون فيه، وتشبيه أشياء بالعقار الذي يكون فيه الحق في الأخذ بالشفعة،ممزوجا بالشرح:
كشقص شجر مشترك بأرض حُبُس أو معارة للشركاء الغارسين فيها، فإذا باع أحد الشركاء نصيبه فلشريكه أخذه بالشفعة، أو كبناء مشترك بأرض حبس أو بأرض شخص معين باع أحد الشركاء نصيبه فيه، فلشريكه أخذه بها.

ذلك. **وسألت ابن مالك عن ذلك فقال نحوه**، وقال أرأيت ما عَمَّر في الشقص المشترى، أليس يلزم الشفيعَ غُرْمُه؟، قلت ليس ذلك مثله، ألا ترى أن أجرة السماسرة في المرابحة لا تحسب ولا يُحسبْ عليها ربح، بخلاف الصبغ وغيره مما هو في العرض صنعةٌ قائمة، فثبت على قوله في الشفيع، ولم يأت عليه بحجة ولا رواية، وكأن الفتوى بذلك جرت به العادة عندهم فيما ظهر لي من اتفاقهم عليه، والله أعلم.

ص 343

وسئل فقهاء طليطلة عن المشتري يكري الشقص المشترى من دار أو أرض أو حانوت لأعوام، ثم يقوم الشفيع يطلبه بالشفعة.

فأجاب ابنُ مُغيث وابن رافع رأسه وغيرهما أنه ليس له فسخ الكراء، وله الأخذ بالشفعة، ويبقى المكترى إلى مُدته وإسلام الشفعة إن شاء كعيب حدَثَ بالمشترى.

ومن الدليل لهم ما في كتاب الشفعة من المختلطة فيمن ابتاع أرضا فزرعها ثم استحق رجُل بعضها وأخذ باقيها بالشفعة:

قيل لابن القاسم: ألِلْمُسْتحق كراء فيها؟، **فقال. أما حقه الذي استحقه فله كراؤه إن جاءَ والبَذْرُ لم يخرج إبانه، وأما الذي يأخذ بالشفعة فلا كراء له فيه**، لأنه لم تجب له الأرض إلا بعد ما أخذها وقد زرعها قبل ذلك، والحظ الذي استحقه قد كان وجب له قبل الزرع، فله فيه الكراء على ما وصفتُ لك ما لم تفُت الزراعة، قاله لي أبو محمد.

وكتب بها إلى قرطبة. فأجاب ابنُ عتاب وابنُ القطان وابنُ مالك: له الأخذُ بالشفعة وأن يفسخ الكراء، وأصلهم في ذلك، والله أعلم، ما في كتاب الاستحقاق فيمن أكْرى داراً سنة ثم استحقَّها رجل بعد مضي نصف السنة، **قال ابن القاسم**: للمكري كراءُ الأشهر الماضية، وللمستحق إخراج المكتري ونقض الكراء، وله إمضاء الكراء إن شاء، وإذا أمضى لم يكُن للمكتري أن يأباها.

ثم نزلتْ وكتب بها بعض القضاة إلى قرطبة وقال في السؤال: وكيف إن أكرى المشتري الشقص لعام أو أعوام يسيرة أو كثيرة، هل للشفيع نقض الكراء؟.

ص 344 **فأجاب ابن القطان وابن مالك : إذا أخذ بالشفعة فله نقض الكراء إن شاء.**

وأجاب ابن عتاب : إن أكْرى الشقص وهو يعلم أن له شفيعا لم ينفُذْ الكراء، إلا في المدة اليسيرة كالأشهر، وأما في الوجيبة الطويلة فلا ينفذ الكراءُ إلا أن يكون مكترِي الأرض قد زرَعَها فلابد من بقائه فيها حتى يحصُدَ، وإن كان المكتري لم يعلم بالشفيع وإنما استحق مستحق شقصا من دار أو أرض فأخذ بالشفعة فلا يفسخ الكراء إلا في الوجيبة الطويلة،

وأما ما يتعارف الناس من الكراء كالسنة ونحوها فذلك نافذ، لأنه فعل ما كان جائزا له، وهذه جملةٌ –فيما سالت عنه– كافيةٌ إن شاء الله(هـ).

ابن سهل : في جوابه هذا رجوعٌ عما حُكِيَ عنه، وكأنه ذهب في قوله (إن أكراه المشتري عالما بالشفيع) إلى ما في مسائل ابن زرب فيمن بنى حِصة ابتاعَها، ولها شفيع، ثمَّ قيم عليه بالشفعة، فإنه يعطى قيمة بنيانه منقوضا، لأنه بنى في ماله ومال غيره، يريد: فصَار كالمتعدي في بنيانه فيما علِم أنه لغيره، وتفريقُهُ بين المدة اليسيرة والكثيرة يُنظر إلى ما في كتاب الجعل من المدونة فيمن أكرى أرض يتيمه لمدة فبلغ قبلها، **قال**: إن أكراها لأربع سنين أو ثلاث وهو يظن أنه لا يحْتلم في مثلها، وهو ظنٌّ الناس، فَعَجَّل به الاحتلام وأنِسَ منه الرشد، فليس له ردٌّ صنيع وصيه، لأنه صَنَعَهُ في حال يجوز له ذلك فيه، ولم يتعمد مالا يجوز له. **وقال غيره**: لا يلزم ذلك اليتيمُ إلا فيما قلَّ؛

ابنُ القاسم: وإن أكراها عليه وهو يعلم أنه يحتلم قَبْلُ لم يجز ذلك عليه، والوالدُ في ذلك كالوصي. وأما إن أجره لثلاث سنين وهو لا يظنه يحتلم إليها فاحتلَم بعد سنة أو سنتين فله نقض الإجارة، إلا أن يكون الشيءُ

الخفيفُ الأيام والشهور وشبهه، فهذا أصلُ لما ذهب إليه ابن عتاب، والله أعلم .(هـ) من المعيار.

وسئل أبو الحسن الصغير عمن اشترى شِقصا، له شفعاء، فشَفَعَ بعضهم بمقدار حظه من المشترى خاصة، وقال له: إن امتنع سائر الأشراك من الأخذ شفعتُك في الباقي، فجاء أحد الأشراك وسلَّم له في الشفعة على عوض دفعه له، ثم إنه طلبه هذا الشفيعُ الأول في الاستشفاع في النصيب الذي سلم له فيه، هل يأخذه بمنابه من الثمن أو به وبالعوض الذي أعطاه الآن؟.

فأجاب : يأخذه بالجميع، وليس كالزيادة للبائع، لأن هذا إنما دفع العوض الثاني ليستقر له الملك بيده، ومسألة الزيادة للبائع مجرد زيادة لا لشيء، **قال**: وهي منصوصةٌ أظنها مركَّبة على مسألة كتاب الشفعة؛

قال في الدر النثير : هذا قريب مما ذكر ابن كوثر رحمه الله أنه إذا كان أحدُ الشفيعين أحقَّ بالشفعة فصالحه المبتاع على إسقاطها بمال، فأراد غيرُ الأحق أن يشفع، فليس له الشفعة إلا بجميع ما دفعه المشتري وما صالح به، لأنه لم يصل إلى ملكه إلا بجميع ذلك، **قال**: ولو كان له ثلاثة شفعاء فغاب الأحَقُّ بالشفعة وسلَّم أحد الحاضرين وصالح الآخر، ثم قدم الغائب فإنه يأخذ بالثمن، بخلاف من قتل رجلين عمدا فصالح أولياءَ أحدهما واستقاد منه أولياء الآخر أن المال يُرَدُّ(هـ).

قلت : ونحو هذا لابن رشد في نوازله، قال: إذا صالح المشتري أحد الشفعاء على تسليم شفعته في مَغيب أشراكه ثم قدموا فأخذوا شفعتهم، فلا رجوع له على الذي صالح بشيء مما صالحه به، وفرَّقَ بين المسألة وبين مسألة سماع يحيى من كتاب الدعوى والصلح في كتاب الديات –فيمن قتل رجلين ص 345 عمدا فصالح أولياء أحدهما واستقاد منه أولياءُ الآخر– بأن القاتل لا منفعة له في الصلح إذا قتَلَ بوجه، وفي القود منه منفعة لأولياء القتيلين معا، لأن الدم لا يتبعض، والمصالح في الشفعة له في الصلح منفعة، إذ قد يقل ضرر الشركة

بقلة الشركاء، وقد يَكره شركةَ من صالحه خاصة، وفي التقييد في النقل عن ابن رشد هنا وهم.

وفي نوازل ابن رشد -في شفيع له أختان وهب ماله من الشفعة للمبتاع على مال أخذه منه، وطلبت إحدى أختيه الشفعة، **فقال**: لا شفعة لها إلا بمقدار ما نابها على مذهب أصبغ بجواز هبة الشفيع للمبتاع شفعته بعد البيع، أو بيعه إياها منه، وأما على القول بأنه لا يجوز – وهو معنى ما في المدونة – وهو الأظهرُ الذي أقول به،– فيرُدُّ الأخ على المبتاع ما أخذ منه على ذلك، لأنه بيعٌ من البيوع، ويكون أحقَّ بشفعته، إن شاء أخذها، وإن سلَّمها فللأختين أخذ الجميع بالشفعة(هـ)، أنظر تمامه فيه.

وسئل العلامة المحقق السجلماسي عن أخوين لهما أخوات، فباعت ست نسوة من الاخوات حصتهن لأحد الأخوين من دار ورثوها عن والدهم، فأراد أخوه أن يأخذ من يده بالشفعة بعض ما اشترى، فقال له الأخ المشتري: لا أُمَكِّنك من الشفعة إلا إن كنت تأخذ الجميع، فقال له القائم المذكور: أنا أشفع من يدك على قدر نصيبي، فلمن القول منهما؟.

فأجاب : إن للقائم أن يشفع على قدر نصيبه، وليس لأخيه المشتري إلزامُهُ بشفعة الجميع أو ترك الجميع، بل من حقه أن يأخذ من يد أخيه المشفوع من يده النصف من حظوظ النسوة البائعات إذا لم يكن معها طالب الشفعة سواهما من باقي الورثة، **إلى أن قال** : والمسألة التي يقال فيها للشفيع: إمَّا أن يأخذ جميع ما وجبت فيه الشفعة أو يترك الجميع، وليس له أخذُ البعض، خَارجةٌ عن النازلة ليست عينها ولا تُماثلها، وبالله التوفيق(هـ).

قلت : وفيه نظر، لأنه يريد أن يبعض عليه صفقته وليس له ذلك، وإنما له أن يأخذ عند التشاحِّ على الوجه الذي أخذ به المشتري وهو الكل أو يترك، **ولذا قال في المنتقى**: إن كان المشتري أحدَ الشركاء فأراد أحد شركائه أن يأخذ بالشفعة وسلَّمها سائرهم، وقال الشفيع: إنك شفيع معي فإنا أتْرُك لك

بقدْرِ حصتك من الشفعة، فلم أر فيها نصا، إلا ما تحتمله هذه المسألة من التأويل.

قال القاضي أبو الوليد رحمه الله: والذي عندي أن للمشتري أن يُلزم الشفيع بأخذ الكل أو الترك، وليس للشفيع إلا ذلك، لأن المشتري أكثرُ ما فيه أنه شفيع تارك، أي مستحِق للشفعة بقدر نصيبه من المبيع وترك الأخذ به، فإن أراد الأخذ بالشفعة أخذ الكل، وإلا بطلت الشفعة، وهو عند المشتري بالشراء لا بالشفعة، والله أعلم وأحكم(هـ). وهو صريح في رد ما قاله السلجماسي، ففيما قاله قصور، والله أعلم.

ص 346 **ووقع السؤال عمن دفع أرضا مشتركَة بينه وبين غيره لمن يعمل فيها بالسهمة أي بالربع مثلا**، ويكونُ جميع العمل على المدفوعة الأرض له ما عدا الزريعة فعلى قدر ما ينوب كل واحد من الأشراك منها، فقام أحدُ الأشراك وأخذها بالشفعة على نحو ما دفعت حرفا بحرف، والتزم ذلك ورضيه لنفسه ومحاجِيره، ثم بعد مدة من نحو ثلاث سنين ادعى أن لا شيء للدافع فيها وإنما هيَ حوزه وملكه، فاستظهر الدافعُ عليه برسمي السهمة والأخذ بالشفعة، وادعى أنهما مما يدلان على الإقرار بالشركة معه فيها.

فأجاب شيخ شيوخنا العلامة سيدي أحمد المرنيسي بفساد السهمة للجهل الواقع فيها، واستدلَّ على ذلك بقول خليل: «وعَدَمِ جهل بمثمون أو ثمن»[30]، وبأنَّ الأخذ بالشفعة لا يُعد إقراراً بالشركة ولا يتضمنه الخ كلامه، **وبُحِثَ فيه بأن كلامه تضمن أمرين**: فساد السهمة، وعَدَم لزوم الإقرار

(30) وذلك في أول باب البيوع، وفي بيان ما يشترط في المعقود عليه البيعُ من ثمن ومثمن. أي وشرط للمعقود عليه عدم جهل من العاقدين أو أحدهما بثمن أو مثمون ولو تفصيلا، فلا يصح بيع شيء مجهول جملة وتفصيلا، كبيع ما في بيت أو حانوت أو ما وهب له أو ما ورثه، وهما لا يعلمانه، بل ولو جهل المعقود عليه تفصيلا وعُلمتْ جملته، كعبدين لرجلين بكذا (أي بثمن معلوم مشترك بينهما في مقابلة العبدين من غير بيان من الثمن المقابل لهما، فجملته معلومة، وتفصيله مجهول..الخ.

للأخذ بالشفعة، وليس الحكم كذلك فيهما، بل هما صحيحان معا لازِمَانِ للأخذ بها.

أما صحة السهمة فهو الذي جرى به العمل وإن كان خلاف المشهور، إذ لاشك أن ما به العمل مقدم على غيره، ففي شرح ابن عبد الصادق لقول المختصر: «وقابلها مساوٍ[30م] وتَساوَيا» **مانصه: قال في المفيد: قال عيسى بن دينار**: إذا أسلما في الشركة من كراء الأرض بما يخرج منها فلابأس بالتفاضل ممن كان، والشركة جائزة إذا اعتدلا في الزريعة ولو لم يُقَوِّمَا العمل ولا عَرَفا كراء الأرض، وبقوله جرى العمل، قاله الباجي في وثائقه(هـ).

ومثله لابن الناظم والمواق، وعليه درج في التحفة.

وأما صحة الإقرار ولزومُهُ فمما لا يتوقف فيه منصف حتى لو مشينا على القول المشهور بفساد السهمة، لأنه حيث بين القدر المدفوع بالسهمة وهو أربعَ عشْرة موزونة كما في الوثيقة، وأشهد على نفسه بأخذ ذلك بالشفعة حرفا بحرف فذلك مما يُعَدُّ إقرارا منه بالشركة في الأرض المذكورة، ولا وجه لبطلانه كما زعمه المجيب، **لأن قوله** (أخَذَ السهمة حوله مَن يد من ذُكر حوله بالشفعة، وما يكون على المدفوع له حوله يكون عليه)، **دليلٌ واضح على بطلان دعواه بالحوز والملك** الخ.

قلت : وفي تسليم المجيب والباحث معه الشفعة في السهمة نظر، بل لا شفعة فيها، لأنها عقْدٌ على منافع الآدمي بمنفعة الأرض التي ينتفع بها، فالمعقود عليه هو عملُ العامل في الأرض، أي حرثُه فيها الزرع، وقيامه به حتى يطيب ويُحْصدَ ويُدْرسَ، ومنفعةُ الأرض التي يختص بها هي الثمن، ص 347

(30م) وذلك في أول الفصل المتعلق ببيان أحكام الشركة في الزرع، وبيان شروط صحتها، فقال في ذلك : «لكل فسْخُ المزارعة إن لم يُبْذر، وصحّت إن سَلما من كراء الأرض بممنوع، وقابلها مُساو وتساويا... إلخ.

والمعنى : وصحت المزارعة إن قابل الأرض شيءٌ مساو لكرائها، من عمل يد أو بَقر، فالمساواة شرط، وعدَمها مانع، وكثيرا ما يطلق الفقهاء الشرط على عدَم المانع... إلخ.

وحيث كان المعقود عليه هو العمل فلا شفعة فيه قطعا، وكأنهما فهما العكس، أي إن المعقود عليه هو منفعة الأرض بعمل العامل فيها، وليس بصواب، بدليل قوله فقام أحد الأشراك وأخذها بالشفعة على نحو ما دفعت حرفا بحرف الخ، فهو صريحٌ في أن الأرض مدفوعة في عمل العامل.

وفي نوازل المحقق الزرهوني أنه وقع السؤال عن حَب الزيتون الذي آن جذاذه وبان اسودادُه إذا عجز ربه عنه ولم يقدر على نفضه ونقْله وعصرِه، وحمَلتْ الضرورة على دفعه بجزء معلوم من زيته، يأخذُهُ الأجير بعد طحنه وتصفيته.

والجواب بأن هذه المسألة عمت بها البلوى، وعليها عمل أهل فاس في السر والنجوى، وقد اقتصر في المختصر على فسادها للجهل بالزيت كَمًّا وكيفا، **والجهلُ بالعوض في الإجارة مضر، لاكن هذا مع عدم الضرورة، وإلا فقد أفتى الإمام ابن سراج في مثل هذه النازلة بالجواز.. إلى أن قال**: ثم إن كان هنالك شريك فلا شفعة له لأن الثمرة لم تُع، والشفعة فرعٌ عن البيع إلى أن قال: وكتب العربي الزرهوني تغمده الله برحمته.

قال : ووقعتْ المراجعة عن الشفعة فيها لعدم اكتفاء قاضي الوقت، أي وهو الفقيه العلامة التسولي شارح التحفة بما تقدم.

فأجبت : الحمد لله، إعطاء الزيتون لمن يخدمه بالسهمة على الوجه الموصوف لا خفاء أنه من باب الإجارة كما وقع التصريح بذلك في عبارات أهل المذهب: ابنِ يونس وغيره. **وفي حواشي البرموني على المختصر** أن المصنف لم يعط حكم ما إذا وقعت المساقاة على ثمن قد حل بيعه، فإن وقع ذلك فهو على المذهب إجارةٌ فاسدة، وهو قول مالك وابن القاسم وهو المذهب، وإجارة صحيحة على قول سحنون(هـ).

وفي وثائق الجزيري: وأجازها سحنون وجعلها إجارة صحيحة، وألغى لفظ المساقاة(هـ). **وعبارةُ المواق**: وجعلها إجارة جائزة الخ **إلى أن قال**:

ومن هذا التصريح الواقع في عبارتهم بأنها إجارة تعلم أنه لا شفعة فيها بحال، لأن الشفعة فرع البيع، ولا بيع هنا قطعا، نعم، هي إجارةٌ مجهولة رُخِّصَ فيها للضرورة، إلى أن قال: وهذا القدر كاف لمن أنصف، والله الموفق.

وأعيد السؤال فيها أيضا.

فأجبت: الحمد لله، ما جرى به العرف في هذه الحضرة الإدريسية حاضرة المغرب من إعطائهم الزيتون لمن يخدمه بجزء معلوم، - ويسمَّى ذلك بينهم بإعطاء الزيتون بالسهمة -، لا شفعة فيه، لأن الشفعة فرع البيع، ولا بيع هنا قطعا، وإنما هنا إجارةٌ بجزء يتفقان عليه كنصف مثلا، وحيث كانت صورة الواقع هو أن يدفع شخص لآخر زيتونا على أن يتولى المدفوعُ له نفض جميعه ولقطه بنفسه أو بأُجَرَاء من ماله، وما اجتمع من الحب يكون بينهم على ما تراضوا عليه، فهي إجارة جائزة لازمة، إلى أن قال:

ص 348

الحاصل أن نازلة السؤال من باب الإجارة بجزء مجهول، فأصلها المنع، ويُرخص فيها للضرورة، والله الموفق(هـ).

وسئلت بما نصه: رجلان شريكان في فدان من الأرض باع أحدهما نصيبه لثالث وتعاقدا في النصيب المذكور على أن يدفع المشتري للبائع ثورا من غير تسمية لثمن ذلك النصيب وتقديره بالدراهم، فلما تم البيع بينهما وتوصل البائع بالثور وحازه قام شريكه ليأخذ النصيب المبيع بالشفعة، واشترى الثور المدفوع من البائع وأراد دفعه للمشتري لأنه هو الذي خرج من يده في الجزء المشترى، فامتنع من قبضه وقال: إنما يقبض قيمة الثور حين البيع، أو قيمة ما اشتراه، فلمن القولُ منهما؟، المطلوبُ من ساداتنا العلماء -وفركم الله- بيان وجه الفصل بينهما بوجه شرعي، والسلام.

فأجبت: الحمد لله، القولُ للشفيع، فالواجبُ هو الثور بعينه الذي خرج من يده إن تيسر، وإلا فقيمته، ولا يعطي الشفيع قيمة الثور ابتدا، وإنما يعطيها إن تعذر، وذلك أنه إنما وجبت القيمة في المقوَّم كما في قول المختصر:

« بمثل الثمن أو قيمته »(*)، لأنها يمكن أن تكون مثل الثمن الذي خرج من يد المشتري، فإذا وجد الثمن بعينه ارتفع الوهم وحصل تحقيق المماثلة، وذلك أن القيمة إنما وجبت في المقوم للتوصل بها إلى مماثلة الثمن مع بقاء الشك فيها، فإذا وجد الثمن كما في النازلة حصل اليقين بالمماثلة، ولا يمكن لعاقل أن يتخلى عن التحقيق.

ص 349 **وقعت مذاكرة فيمن له نصفُ دار مثلا وبيع ربع منها بمائة فشفعه وليس عنده دراهم، فباع نصف نصفه بمائتين لأداء ثمن الذي شفعه**، فزعم بعض أهل العصر أنه لا شفعة له حيث باع نصف نصفه، لأن الرُّبع الذي شفعه والذي باعه شيء واحد لامتزاجهما كالماءيْن إذا مُزجا فإنهما يصيران ماء واحدا، فهو بمنزلة من شفع وباع مشفوعه في الحين فتبطل شفعته، **فقلت: له: بل تصح شفعته ولا تبطل، ولا منافاة**، فإن النصف الذي كان يملكه قبل الشفعة غيرُ الربع الذي شفعه، والشيوعُ لا يضره، واحتججت عليه بكلام المختصر والشراح، الذي سيُذكر، فذكر أن الرهوني اعترضه، فكتبتُ له بطاقة في ذلك فسلَّمها، لكونه من أهل الفضل والدين، ونصُّها:

وعلى سيادتكم أزكى السلام، وبعد، فإن بيع الجزء المشفوع وحده هو قول المختصر: « فبيع للثمن »(31) أي بيع الجزء المأخوذ بالشفعة لأداء الثمن، وصرح به الزرقاني عند قوله: « وإلاَّ عجَّل الثمن »(32)، **ونصه**: بأن يبيع

(*) وذلك في أوائل باب الشفعة، وفي سياق بيان ما يكون به الأخذُ بالشفعة، وهو مثلُ الثمن الذي اشتري به الشقص، أو بقيمته... إلخ.

(31) سبقت الإشارة إلى هذه الجملة وسياقها في الهامش 11.

(32) وذلك في أوائل باب الشفعة.

والمعنى: « وإذا بيع الشقص بثمن مؤجَّل بأجل معلوم فيأخذه الشفيع بمثل ثمنه مؤجَّلا إلى أجله إن أيسر الشفيعُ بمثل الثمن، أو لم يوسر به، وضمنه ضامنٌ ثقة مليٌّ، وإن لم يكن الشفيع مليّا (أي موسرا) ولم يات بضامن مليّ عجّل الثمن للمشفوع منه، وإن لم يعجله سقطت شفعته في كل حال، إلا أن يتساويا (المشتري والشفيع في العُدم والفقر فلا تسقط شفعته على المختار للخمي من الخلاف، ومفهومُ أن يتساويا أنه إذا كان الشفيع أشد فقرا سقطت شفعته اتفاقا..الخ.

الشقص لأجنبي، وتأوله الشيخ بناني بقوله: أي الذي كان عنده لا الذي أخذه بالشفعة، لما يأتي. إنتهى. ومراده بما يأتي، منعُ بيع الجزء المأخوذ بالشفعة عاجلا، وهو ظاهر.

وأما اعتراض الشيخ الرهوني فإنما هو لما يقتضيه كلام الأول من قَصْر البيع على الجزء المأخوذ بالشفعة فقط، وكلام الثاني من قصره على الجزء الأول ولو دعت الحاجة إلى غيره، فرد عليهما بأن الحاجة إذا اقتضت بيعهما معا فإنهما يباعان، ونصُّهُ: **المنصوص أنهما معا يباعان إن احتيج إلى بيعهما**. الخ. فمفهوم الشرط إن لم يحتجْ إلى بيعهما معا فإنه يباع واحد منهما فقط، تأمله، ولم يقُل الرهوني: إنه لا يمكن بيع واحد منهما فقط لامتزاجهما، ولو قاله لم يصح، لمخالفته لقول المصنف «فبيع للثمن». **قال الخرشي**: أي فبسبب اللزوم يباع الشقص أو غيرُه من مال الشفيع للثمن الذي للمشتري،

قال الصعيدي: قوله (يباع الشقص)، أي المأخوذ بالشفعة الخ.

والحاصل أنه لا قائل بأن الماءين إذا مزجا صارا ماء واحدا، والله أعلم.

نوازل القسمة[1]

ص 349

سئلت عمن ادعى على رجلين أنهما زادا في حد الجنان المجاور لجنانه، فأجاباه بأن ذلك المحل الذي يزعم المدعي أنهما زاداه هو حوزُهما وملكُهُمَا ولهما بينة بملكه، ثم تراضوا على أربعة من أرباب البصر وعيَّنوهم فوقفوا على الحد، وزعموا أنهم لم يظهر لهم شيء من العلامات يعتمدون عليه، فحكموا بأنه يُقسم بينهما نصفين، فهل ذلك الحكم صحيح ؟

فأجبت : **الحمد لله**، حكم أرباب البصر بأن محل النزاع يقسم بين الفريقين أنصافا سوية الخ، مع اعترافهم بأن الأمر قد أشكل عليهم في ذلك ضروري البطلان.

أما أولا فإنه حيث أشكل عليهم الأمر كان الواجب في حقهم التأخر عن الحكم، ومشاورة أهل العلم، ولا يحكمون بالتخمين، لأنه فسق وجَوْرٌ كما في ابن سلمون والتوضيح وغيرهما. **قال في المختصر**: «وَنُبِذَ حُكْمُ جائرٍ وجاهلٍ لم يشاوِر»[2] الخ.

وأيضا فإن أرباب البصر يُنْهَوْنَ عن الحكم في مثل هذه المسائل، لقول القاضي المكناسي في مجالسه: إنَّ القاضي يَشترط عليهم أن لا يحكموا في حائط لأحد المتنازعين، وإنما يصفونه فقط بوصف يزيل الإشكال، ويوضح البيان الخ، ونقله شراح التحفة واعتمدوه.

(1) قال عنها وعن أنواعها الشيخ خليل – رحمه الله –، في أول باب القسمة:
«القسمة تَهايؤٌ في زمن، كخدمة عبد شهرا، وسكنى دار سنين، كالإجارة (في اللزوم)، ومراَضاةٌ فكالبيع (في أن من صار له شيء اختصّ بملكه..الخ)، وقُرعةٌ، وهي تمييزُ حق.» الخ.

(2) وذلك في الباب المتعلق ببيان شروط القضاء وأحكامه، والذي سبقت الإشارة إليه وإلى أوله في تعاليق سابقة.
والمعنى: وطُرح وألغي حُكْم قاض جائر خارج في حكمه عن الحق عمْدا، وكذا يُلغى حكم عدْل جاهل لم يشاورْ أهل العلم، ظاهرُه وإن كان صوابا، لكونه بالحدس والتخمين، والقضاء بهما باطل..الخ.

ولا مفهوم للحائط، بل المراد أنهم لا يحكمون في شيء أصلا، أيَّ شيء كان، وحَسْبُهُمْ الوصفُ لا غير، ثم يحكم القاضي بما يقتضيه الشرع.

وأما ثانيا : فإنه لا وجه لتوقفهم في الحكم حيث كان المدعي لا بينة له والمدعى عليهما بيدهما بينة، بل الحكم متعيَّن بكونه لهُما، ولا وجهَ لقسْمه بينهما، بل لو لم تكن لهما بينة بملكيته فالحوز وحده كاف في إثباته لهما وفي دفع دعوى المدعي المجردة عنهما، **قال في التحفة** :

المدعي استحقاقَ شيء يُلْزَمُ .·. بَينةً مُثبتة ما يزعُمُ
من غير تكليف لمن تملَّكه .·. من قبل ذا، بأيّ وجْه ملَكَه

وأما ثالثا : فإنه لا وجه لدعاء أرباب البصر هنا، لأنه إنما يُعْمَلُ بقولهم حيث لا بينة أصلا، أو حيث توجد بينتان متعارضتان وهما متكافئتان، أما حيثُ يكون لفريق بينةٌ دون الآخر فلا عبرة بقولهم ولو شَهِدُوا للفريق الآخر.

ففي نوازل المحقق القاضي بردلة أنه سئل عن ذلك فقيل له :

هل – سيدي – العملُ على بينة أهل الكُوشة لأنها شهدت بالقطع مع ما انضاف إلى ذلك من الحيازة، أم العملُ على قول أرباب البصر والمعرفة؟.

فأجاب : إن بينة أهل الكُوشة أعْمَلُ، لأنها شهدت بملكية محل الجزار شهادة قطْع، مع ما أضيف إلى ذلك من الحوز، فلا يعارضُ ذلك الأماراتُ والشهادات بما يظْهَرُ من حالها، والله أعلم بالصواب. (هـ).

ص 350

فظهر بهذا أن ذلك الحكم في غاية السقوط، وأن التمسك به أوهى من خيط العنكبوت(*)، وأن الواجب عليه تسليم المحل للمدعى عليهما، إذ لا شبهة له فيه، والله أعلم، قاله وكتبه المهدي لطف الله به.

(*) نسجُ العنكبوت وخيْطُها أضعفُ نسج وخيْط وبيت، كما ذكر ذلك الحقُّ سبحانهُ بقوله المبين: ﴿ **مثلُ الذين اتخذوا من دون الله أولياء كمَثَل العنكبوت اتخذَتْ بيْتا، وإن أوْهنَ البيوت لبيت العنكبوت لو كانوا يعلمون** ﴾. س. العنكبوت : 41.

وأجبت أيضا عن مسألة بهذا : الحمد لله، حيث وقعت الدعوى على الحاج ادريس بالقسمة في البلاد وتغييره الحد والزيادة فيه، **وأجاب عن ذلك بالإنكار**، وشهد عليه بما أنكره عدلان فلا إشكال أنه يؤاخذ بما شهد به العدلان فيلزَمُه رد الحد إلى موضعه، وتأديبُه على تعديه وتغييره الحد عن موضعه وطمسه بما يليق به، لقول المختصر : «وأدِّب مميز»[*]، إلخ. ولقوله أيضا : «وعزَّر الإمامُ لمعصية الله تعالى أو لحق أدميّ»، إلخ. وأما حرثه فعليه نصف كرائه لأنه بينهما. **قال المواق** : ذكروا أن ما نبت في التَّخْم كان بينهما(هـ).

وقال ابن عات في طرره بعد نقل كلام ابن سحنون فيه **ما نصه** : وهذا يدل من قوله على أن التخم بينهما، من الاستغناء (هـ). **قال في المصباح** : التَّخْمُ حد الأرض، والجمعُ تُخوم، مثل فلْس وفلوس. وقال ابن الأعرابي وابن السكيت : الواحدُ تخوم، والجمع تُخُمٌ مثل رسول ورُسُل (هـ). ونحوه قول الصِّحاح : التخم منتهى كل قرية أو أرض إلخ. **ونص ابن عرفة. قال ابن سحنون** : ما ثبت في التَّخْم أو الجِسْر بين أرْضيْن من زرع وغيره، فهو بينهما ولو اختلفت الزريعة. **ابن عات** : **قال غيره**، وكذا الشجر، فإنْ غرس أحدهما

(*) العبارة الأولى ذكرها الشيخ خليل في أول الباب المتعلق ببيان حقيقة الغصب وأحكامه.
والمعنى : «وأُدّب غاصب مميز ـ ولو صبيا ـ بضرب أو حبْس باجتهاد الحاكم لدفع الفساد بين الناس، كتأديبه على الزنا والسرقة وغيرهما، تحقيقا للإصلاح وتهذيبا للأخلاق». ومفهوم «مميز»، عدَم تأديب غيره.
والعبارة الثانية بعدها : «وعزّر الإمام لمعصية الله أو لحقّ آدميّ»، جاء ذكرها في الباب المشتمل على بيان حدّ شارب المسكر، وأشياء توجب الضمان، ودفع الصائل.
والمعنى : وعاقب الحاكم ـ خليفة كان أو غيره ـ مرتكب المعصية في حق الله تعالى، والتي لا حدّ فيها وليس فيها حق لآدميّ، كالفطر عمدا في رمضان مثلا، وعاقب أيضا لحق آدميّ كشتمه وضربه، ولا يخلو عن حق الله، إذ من حق الله تعالى على كل مكلّف ترْك أذاه لغيره، وإيصال الحق لمستحقه. والتعزير والتأديب يكون باللّوم والحبْس والضرب وغير ذلك مما يراه الحاكم زجرا وتأديبا مفيدا يتناسب مع المعصية المرتكبة والإذاية الحاصلة للغير، والشخص الذي صدرت عنه، والذي وقعتْ عليه، إلى غير ذلك مما يعتبر من وسائل الزجر والتأديب، ومما يراه الحاكم المسلم، ويكون له من السلطة التقديرية في كل حالة وواقعة.

فيه شجرة فله نصفها ونصف قيمتها مقلوعا، والله أعلم. قاله وكتبه المهدي لطف الله به.

ووقع الجواب عمن اقتسما دارا مُحبَّسَة قَسْم منفعة على أن يسكنها هذا عاما وهذا مثله، بما نصه: الحمد لله، قسمة المهايأة، المشهودُ بها أعلاه،صحيحة لازمة لكل من المتقاسمين المذكورين، ولا يجوز لأحدهما الخروج عما شرط الآخر عليه. ففي المختصر: «القسمة تهايؤٌ في زمن كخدمة عبد شهرا، وسكنى دار سنين كالإجارة»، أي في اللزوم وتعيين المدة.

قال الحطاب : ويشمل كلامُه ما إذا كان المقسوم متحدا ياخذه كل واحد مدة معينة (هـ).

ابن رشد : وأما التهايؤ في الدور والأرضين فيجوز فيها السنين المعلومة والأجل البعيد ككرائها. **قاله ابن القاسم ابن عرفة** : قسمة المهايأة بالنون والياء هي اختصاص كل شريك بمشترك فيه عن شريكه زمنا معينا من متحد أو منفرد، وتجوز في نفس منفعته لا في غلته (هـ).

وذكر ابن رشد وعياضٌ أن قسمة المهايأة ضربان، إلى أن قال: والضرب الثاني أن تكون المهايأة في عين واحدة بالأزمنة كدار يسكنها هذا شهر وهذا شهر، إلخ.

قال في المقدمات، بعد كلام : ولا قيام لواحد منهم فيها بالغير على صاحبه، لأنه لم ياخذ ما أخذ على قيمة مقدَّرة (هـ).

ص 351

وفي الجزيري : واختلف في قسم الحبس للاغتلال، فكرهه قوم وأجازه آخرون، لما في الإشاعة من التعطيل له والتضييع (هـ). ومثله في المتيطية، وزاد: وقد جرى العمل باقتسامه (هـ).

قال الباجي في وثائقه: يريد قسمة الغلة والمنفعة لا قسمة الأصول (هـ). وممن نقل هذا العمل صاحبُ اللباب وابن عات في الطرر وولَدُ ابن فرحون في

مسائله الملقوطة، والمكناسي في مجالسه، والله الموفق، وكتب بوبكر المنجرة الحسني وفقه الله (هـ).

ووقع السؤال عن رجل قسم أملاكه على أولاده بأن عيّن لكل واحد موضعا يخصه، وصار كل مَن عُين له شيء يتعاهد بأنواع الغرس والبناء ونحوهما مدة. ثم توفي الأب وبقيت القسمة بيد أولاده على ما وصف، ثم مات بعضهم، فقُسمت تركته بين ورثته على ما يجب، وبقي الأمر على ذلك نحوا من خمسة عشر عاما، ثم قام بعضهم يحاول نقض القسمة الثانية مدعيا الجهل بالمقسوم، لكون القسمة الأولى الصادرة من الأب غير جائزة بزعمه، وهذه فرع عنها، فهل له مقال في ذلك، والحالة أنه حاضر فيها راض بها، أو لا؟.

والجواب : الحمد لله، القسْمة الصادرة ممن ذكر على الوجه الموصوف نافذة ماضية فلا سبيل إلى نقضها لمن يحاول ذلك، حسبما دلت عليه نصوص الأئمة. **ففي الجواهر المختارة ما نصه :**

وسئل القاضي ابو سالم الجلالي عن رجل قسم جميع أملاكه على أولاده، وكلهم ذكور وليس له إلا بنت واحدة متزوجة، قال : إن حقها مع كل واحد من إخوانها، وشهد عليه الشهود بذلك، إلا أنه لم يقل ذلك إلا بعد القسمة المذكورة، ثم مات بعد ذلك وقامت البنت تطلب حقها حسبما أشهد به أبوها بعد القسمة كما ذكر، أو لا شيء لها لأن كل واحد من أخوانها أخذ حقه من يد أبيه في حياته وثبت حوزه له، فيبطل ذلك حقها؟

فأجاب : إن كان الأمر كما ذكر، فللبنت نصيبها مع إخوانها كما ذكر، والسلام (هـ).

ومضمَّنُ جوابه هذا مُضي القسمة في نازلتنا هذه، لأن اقتصاره على مجرد حق البنت أدل دليل على ذلك. ومثله لابن عرضون مجيبا عن نحو النازلة، **ونصه** : ما عقده الأب على صغار بنيه من المقاسمة صحيح (هـ).

ونحوه للسجستاني في أجوبته، ونقله عنه العباسي وسلمه؛ هذا ما تعَلَّق بقسمة الأب، **وأما القسمة الثانية فماضية أيضا لصحة الأولى ونفوذها**، إذ هي فرع هذه المدة المديدة. **ففي جواهر الزياتي أيضا، وسئل سيدي يحيى السراج عن رجل توفي وترك أولاده** فاقتسموا أملاك أبيهم قسمة مراضاة ومهايأة واعتمر كل واحد قسمته وحازها واستغلها نحو خمس سنين، ثم قام أحدهم وادعى أنه لا يعرف أملاك والده، وأن القسمة تفسخ وتعاد، فهل القول قوله بعد اعتمار حظه كإخوته المدة المذكورة؟.

ص 352

فأجاب: لا يقبل قوله ولا تفسخ القسمة(هـ). ومثله لابن هلال، ونصُّهُ:

لا كلام لمدعي الغلط في المقسوم بعد الزمان الذي ذكرتم، إذ لا يقام بالغبن إلا بقرب القسم، قاله أبو ابراهيم.(هـ). وانظر أجوبة العباسي ففيها أجوبةٌ تؤيد ما تقدم، وعليه فالقسمة أعلاه صحيحة، ولا يتعرض لها بحال ولا لعقلة الملك المقسوم، لعدم موجبها، والله أعلم. وكتب محمد العربي الزرهوني تغمده الله برحمته. إنتهى.

قلت: لم يقتصر في نوازل الزياتي على كلام القاضي الجلالي كما نقله عنه العلامة الزرهوني، بل زاده بعده ما نصه: وتقَيَّد عقبَهُ بخط بعض قضاة البلاد الغُمارية: الظاهرُ أن قول الأب بعد قسمة أملاكه لأولاده الذكور أن لابنتي حقا مع كل واحد منهم لا يُوجب لها حقا إلا إن كانت القسمة قسمة استغلال، وأما إن كانت قسمة بَتْل فلا حقَّ لها فيما اقتسمه إخوانها الذكور رأسا، والله أعلم.

وقيَّدَ عقب هذا الجواب الثاني ما نصه: إن كان استثناء الأب واجب ابنته بعد القسمة وقبل مُرور أمد الحيازة بين الوالد وولده، أي حيازة الولد على أبيه، فحُكْمُ الإقرار صحيح، ما لم يكن بَتَّلَ العطية أولا لذكور بنيه بالقسمة، فليُراعِ في استثنائه شروط الاعتصار: ما لم ينكِح لذلك أو يُداين، والله أعلم، كاتبُه بعضُ طلبة غمارة.(هـ).

قال الزياتي عقبه: فتأمله منصفا، فإن الجواب الذي قبله أظهر منه في عين النازلة الخ.

قلت: والحق الذي لاشكَّ فيه أن لا شيء لهذه البنت، لأنه ما أعطاها حقَّها حتى لم يبق له شيء من أملاكه، فأي شيء يملكه بعد تنجيز العطية لأولاده حتى يمَلِّكه لابنته، والله أعلم.

مسألة: قال ابن فرحون في وثائقه ما نصه: وَصِفَةُ الاقتسام فيما يتفق من ذلك أن يكون على أدنى سهام الفريضة، إن كان سدسا فيقسم أسداسا، وإن كان ثُمُنًا فأثمانا بعد أن يضم سهام كل واحد، من ميراث وصدقة وشراء وغير ذلك فيكون لها حكمُ السهم الواحد، ولا يجمع بين اثنين في القسم بالسهم، وهل يكون العصبة في ذلك كأهل سهم واحد أم يكون لكل واحد من ذلك سهمه؟ عن أصحابنا في ذلك اختلاف، فإن كانت الأرض مستويةً قُسمت بالذرع، وإن كانت مختلفة قسمت بالقيمة، وإن صار لأحدهم لرداَءة ما أخذ أكثرُ مما صار لصاحبه لطيب ما خرج عنه، فإذا استوت الأنصباءُ قيمة أُسْهِمَ بينهم. (هـ).

وقال ابن سلمون: إذا اجتمع الشركاء على القَسْم وقعد أحدهم وقسَم الباقون، وعَرف قسمته وموضعه فسكت ولم يغير بقرب ذلك، لزمه القَسْمُ ومضى عليه. (هـ).

ص 353

مسألة: قال الزياتي: وجدت بخط عمي أحمد أن الأبهري: سُئل عن شريكين في بقرة يحلُب هذا اليوم وهذا غدا، فأفتى بالجواز، وكذلك الشريكان في الزرع يكتال هذا اليوم وهذا غدا(هـ). **ووجدت بخطه أيضا: قَسْمُ التين الخضراء بالسَّلة جائز إذا حصل التساوي، وإذا اتفقا على أن يجني هذا اليوم وهذا غداً،لا يجوز(هـ).**

وسئل الإمام القباب عن رجلين اشتركا عرصة المقاتي، هل يجوز أن يأكلا ويحملا من غير قسمة إن طابت أنفسُهما بذلك، أو لابد من القسمة بالميزان أو بالتمييز؟.

فأجاب : أما قسمة شريكَي المقاتي بطيب النفس يحمل كل واحد ما شاء، فإن كان بحيث يأخذ كل واحد من مال الآخر ما شاء بغير عوض فحسَنٌ، وإن كان إنما سمح له في ذلك لأجْل أنه أيضا يأخذه فهذه معاوضة فاسدة، فليرجعا إلى القسمة، وتجوز بالمساواة وبالتفاضل، والله أعلم.

ابن طرطاك: وسئل أبو إسحاق الشاطبي بما نصه:

يا سيدي، كنتُ أعتقد أن قسمة المطعوم المشترك لا يسوغ أخذ الشريك نصيبه أو شيئا منه إلا بحضور شريكه وأخذه مثله، فبلغني عنكم أنه سائغ، فلكم الفضل بالإفادة بها.

فأجاب : كنت أسمعُ من الشيوخ ما قلتم واعتقدْتُم، ثم وجدنا للمازري في مسائل سئل عنها ما يُشعِر بالجواز، فكنا نتذاكر به من غير جزم بالقضية، لإشكال ذلك الكلام،

ثم رأيت لابن رشد ما يظهر منه الجواز مطلقا، فانظروها في كتاب القسمة من المقدمات، فإنه قال : ... الخ.

ثم راجع السائلُ أبا إسحاق فقال: قد وقفت على كلام ابن رشد، فلكم الفضل فيما أُعَوِّلُ عليه في العمل والفتيا.

فأجاب : الذي يظهر أن يُعمل على ذلك النص، بناء على أنها تمييزُ حق لا بيعٌ، وإن كان أصلُ المذهب في ذلك أن القسمة بيع، فلا يُطْلَبُ الشريك في الطعام المكيل أو الموزون بحضور شريكه ولا بإنجاز قبضه، وهو الذي عليه عملُ الناس، فيُتْرَكون وما هُمْ عليه(هـ).

وسئل سيدي يحيى السرَّاج عن رجلين جعلا معصرة زيتون بينهما أنصافا على أنهما يطحنان بها زيتونهما ويأخذان الأجرة من غيرهما، واتفقا على أنه يأخذ كل واحد منهما عشرة أيام يطحن فيها زيتونه ويأخذ أجرة ما طحن فيها من زيتون غيره، وصاحبُهُ كذلك، ثم قام أحدهما على الآخر وقال له:

زيتونُك أكثرُ من زيتوني فأعطني أجرة ما فضلت به عني، فامتنع من ذلك وقال: لم ندخل عليه وإنما دخلنا على الوجه المذكور، فهل يترادّان فيه أم لا؟

فأجاب : إنهما إذا كانا تراضيا على القسمة بالأيام فإن ذلك ماض نافذٌ ولا يَتَرَادَّان. إنتهى.

ص 354 **وسئل القاضي أبو سالم الجلالي عن رجُل اشترى من آخر نصف فدان، وبقيا يتصرفان فيه ما شاء الله تعالى، ثم توفي المشتري المذكور وترك ورثته يتصرفون فيه مع البائع المذكور**، ثم بعد مدة طلبوا قسمة الفدان المذكور، فامتنع البائع من ذلك وادعى أنه اشترط على موروثهم المشتري المذكور أنه لا يقسمه معه أبدا، وشُهُودُ البيع أحياء، **فسئلوا عن ذلك فقالوا**: لا شهادة لنا إلا على صحة البيع بلا شرط ولا ثُنْيَا ولا خِيار كما هو في وثيقة البيع، والوثيقةُ بيد الورثة المذكورين، فطلب اليمين على نفي دعواه أو يحلف هو على إثبات دعواه، فأبوا من الحلف وقالوا: لا يمين علينا مع وجود البينة.

فأجاب : لا يمين على ورثة المشتري المدعَى عليهم بالشرط المذكور، ولهم قسمة مُشْتَرَى موروثهم مع البائع له متى شاءوا، والسلام. (هـ).

وسئل الفقيه أبو عبد الله النالي عن رجُل غرس في أرض مشتركة بينه وبين آخر، ثم بعد أن كمل الغرس وظهرت غلته قام عليه شريكه وزعم أنه يأخذ نصف الغرس ونصف ما بقي من الأرض، فإن كان القول قوله فهل يأخذ الغارس قيمة عمله منقوضا أو قائما، أو يُحْكَمُ بينهما بما جرى به عرف البلاد، وهو أن من غرس على عين شريكه ولم يطالبه بالقسمة عند العمل أن الغرس لمن غرسه؟.

فأجاب : إن بقي من تلك الأرض المغروسة المشتركة بقيةٌ تكون قدر نصيب القائم ضُربت القرعة عليها؛ فإن صارت البقية في نصيب القائم أخذها وذهب بسلام، وإن صار نصيبه في المغروسة أو لم تبق بقية، فإن كان

الغارس استغلها السنين الطويلة لم تكن له زينة، وله قيمة غرسه مقلوعا، وإن لم يستغلها ما ذكرنا فله الزينة، وهي قيمة عمله على صاحب النصيب ويأخذ نصيبه، **والتوصل إلى ذلك بأن تقوَّم الأرض على ما كانت عليه من قبل أن تُغرس**، وتُقوَّم على ما هي الآن من الغرس، فيَغْرَم صاحب النصيب للغارس ما ينوب نصيبه مما بين القيمتين، والله سبحانه أعلم.(هـ).

وانظر المسألة في باب القسمة من وثائق ابن سلمون.

وسئل القاضي الجلالي عن الأرض المشعرة هل يجوز قسمها وبيعها أم لا؟، وهل الحكم واحد فيما(*) كثرت أو قلت أم لا؟.

فأجاب: إذا أمكن اختبار الأرض المذكورة؛ جيِّدها من رديها، فجائزٌ قسمتُهَا وبيعها، والسلام(هـ). ومفهوم كلامه أنه إذا لم يمكن اختبارها لَا يجوز بيعها ولا قسمتها.

وسئل أيضا عن رجل توفي واقتسم ورثته من زوجاته وأولاده تركته، وبقي حظ أخته كانت مشتركة معه ولم يعزلوا حظها حين القسم، ثم قامت الآن تطلب حقها، فهل لها نقض القسمة أم لا؟.

ص 355

فأجاب بأنها – إن قامت – مُخَيَّرةٌ بين فسخ القسمة من أصلها وتأخذُ حظها أو تتبع كل واحد بما ينوبه وتتركهم على قسمتهم، وأن سكوتها لا يُبطل حقها ولو طالت عليهم السنون.(هـ).

(*) كذا في الأصل: فيما كثرت أو قلت، على معنى في الأرض المشعرة التي كثرت أو قلّت، ويحتمل أن يكون في محل كلمة فيما، كلمة «فيها» على معنى: وهل الحكم واحد فيها، كثرت أو قلت. فليتأمل.

ولعل المراد بالأرض المشعرة من خلال الدلالة اللغوية للمادة هي كثيرة الشجر. يقال: أرض شعراء: كثيرة الشجر، والشعار بفتح الشين: مكان ذو شجر، ويطلق على الشجر مطلقا، وعلى الشجر الملتف في وطاء من الأرض يحُلُّه الناس يستدفئون به في البرد، ويستظلون به في القيظ، أي شدة الحر.

قلت : في هذا الجواب نظر، بل إن علمت بالقسم وسكتت لا مقال لها حسبما تقدم في كلام ابن سلمون، ويأتي إن شاء الله في كلام غيره، إلا إن كانت بالبادية بحيث لا تتمكن من حقها.

فقد سئل بعضُ الفقهاء - ولعله ابن جلال الكبير - عمن توفي وترك ابنين وبنتا، فاقتسم الإبنان أملاك أبيهما نصفين، والأختُ حاضرةٌ ساكتة، والآن بعد مدة قامت تطلب حقها، فزعما أنها حيث لم تُنكر عليهما عند القسمة فذلك تسليم منها، والنازلة(*) بالبادية لا يستطعن طلب حقهن.

فأجاب : للأخت المذكورة القيامُ في نصيبها الواجب لها بالإرث من أبيها، والله أعلم.(هـ).

وسئل سيدي ابراهيم اليزناسني عن أخوين اقتسما أرضا ورثاها عن أبيهما، وللأرض المذكورة طريق قديم متصل بالأرض المذكورة، فصار في نصيب أحدهما القسمةُ المتصلة بالطريق المذكور، وصار في قسمة الآخر قسمة لا مدخل لها إلا في قسمة أخيه المتصلة بالطريق، ولم يذكرا حين القسمة أنه يمر في قسمة أخيه ولا مَنْعَهُ من ذلك، فأراد الآن صاحب القسمة التي لا مدخل لها المرور في قسمة أخيه إلى قسمته المذكورة، فمنعه أخوه من ذلك.

فأجاب : إن له الطريق على الأخ حتى يشترط أن لا طريق له عليه، هذا هو المذهب وإن كان فيه خلاف، والسلام.(هـ).

قال الزياتي – بعد نقله لهذا الجواب ونقل جواب آخر لأبي الضياء مصباح ونقل ثلاثة أقوال في المسألة – **ما نصه** : فالذي أفتى به الشيخ أبو إسحاق الزيناسني في هذه المسألة هو قول ابن القاسم الذي ذكر ابن العطار أن العمل عليه الخ.

(*) كذا في الأصل ، ولعله سهو في النسخ والكتابة، والمراد : النساء... إلخ. فليتأمل.

وسئل أيضا عن شريكين في أرض ورثاها وقد شقها طريق عام للمسلمين، فاقتسما الأرض المذكورة نصفين، وصار كل واحد يتوصل إلى قسمته من الطريق المذكور، ثم قام أحدهما على الآخر بالغبن في قسمته، فصالحه المدعى عليه بأن خرج له عن قطعة من قسمته، وفي هذه القطعة المصالح بها هو الطريق الذي كان يتوصل منه المدعى عليه إلى قسمته أولا، فصار الطريق الآن في قسمة المدعي في القطعة التي أخذها في الصلح، وصار باقي قسمة المدعى عليه لا طريق لها، فهل تَصِحُّ القسمة والصلح الواقع بعدها ويحتال الذي لا طريق له لنفسه في طريق لقسمته، أو تصح القسمة ويفسخ الصلح خاصة، ويكون القائم بالغبن على دعواه الخ؟.

فأجاب : إن القسمة ثابتةٌ ولا غبن، لأجل ما أعطاه من تلك القطعة ورضي بها، ويبقى الطريق على ما كان عليه للمسلمين وللشريك، لأنه على ذلك أعطاه، والسلام. (هـ).

ص 356

وسئل العلامة سيدي أحمد البعل عن إخوة خرج أحدهم من دار والده، وسكن في دار أخرى، وبقي الآخرون في دار والدهم ساكنين، ثم إنهم زينوا في الدار زينة معتبرة، فطلب منهم الأخ الخارج أن يقاسموه في الدار المذكورة فقالوا له: لا نقسمها معك حتى تزين فيها مثل ما زَيَّنا، فقال لهم: أعطوني قسمتي في دار والدي وأنا أعطيكم قيمة زينتكم الخارجة في حظي، ولي عليكم كراءُ نصيبي هذه المدة كلها، فلمن يكون القول من الفريقين ؟

فأجاب : القولُ قولُ الخارج من الدار في أخذ نصيبه منها، ويعطي قيمة الزينة فيما ينوبه، وله واجبه من الكراء، والسلام .(هـ) .

وسئل ولده الفقيه البعل عن أناس اقتسموا دمنة جدهم جزافا من غير إعمال الفريضة، ثم بنى وغرس كل واحد منهم فيما خرج له بهذه القسمة، وقد كان لهم مورد قديم أي بابٌ في الدمنة المذكورة قبل قسمها، ولما اقتسموها خرج المورد المذكور في حصة أحدهم، واستعمل كل واحد منهم

موردا في حصته؛ ثم إن الذي خرج المورد في حصته بنى فيه دارا على عين سائر الورثة ولم ينازعوه بشيء إلى الآن، وقعت بينهم مشاورة فنازعوه في ذلك المورد، وزعم بعضهم أن القسمة فاسدة فيجب فسخها وإعادتها لكونها من غير فريضة، فهل القول قوله أم لا؟

فأجاب : إن طالت حيازةٌ للمورد المذكور عشرين سنة فلا قيام لهم الآن(هـ) .

ثم قيَّد عقِبَهُ بخطه ما نصه: بعد أن كتبت ما بأعلاه ثبت لديَّ أن الضرر لم يُحَز المدةَ المذكورة، وحيث لم يُحز فسد، والسلام .(هـ) .

وقيد غيره عقبه ما نصه: المنصوص للأئمة فيما ذكر في السؤال من البناء في المورد أنَّ من رأى جاره يفعل ما فيه ضرر عليه، وسكَت حتى تمت نفقته وبنيانه، فلا قيام له عليه، وسكوتُه حتى أنفق وأكمل بنيانه رضى منه، **قاله في المفيد**: **وقال الإمام الفشتالي** : فإن اطَّلع المحدَثُ عليه على هذا الضرر وسكت عن ذلك عشر سنين ونحوها من غير عذر يمنعه القيام فلا قيام له، وإن قام عليه بقرب الفراغ عنه فعليه اليمين أن سكوته لم يكن منه إسقاطا لحقه، وحيث أحدث كل واحد منهم حين القسم بابا لداره وفي ملكه وله منه وجه لذلك فلا قيام لمن أراد الرجوع إلى الباب القديم، لاسيما وقد وقع فيها ما ذكر، والله أعلم .(هـ) .

وسئل أبو العباس سيدي أحمد البعل عن أناس كانت لهم أرضٌ شعرى، فعمد فريق منهم إلى موضع منها وزينه بالبناء والغرس، والفريقُ الآخر يعوقون عليهم فلم يلتفتوا إليهم، وتمادوا على غرسه وبنائه إلى الآن، رجعوا للحق واستطاعوا للقسمة، ولاكن زعموا أهم يأخذون في حظهم ما زينوه، وما بقي شعرى يُخْرج في حظ الفريق الآخر، وزعم أشراكهم أنهم يقسمون معهم جميع ذلك.

فأجاب بأن ما غرس وبنى بينهم، وعلى الفريق الذي لم يُحْدِثْ أن يُعْطُوهُمْ قيمة ذلك في نصيبهم مقلوعا منقوضا، هذا إذا كانت لا تحمل القسمة، وإلا قُسِمَتْ، فإن خرج البنيان في نصيب الباني فقد أخذ بنيانه؛ وإن وقع في نصيب صاحبه أعطاه قيمته منقوضا، ولهم كراء نصيبهم من الأرض قبل غرسها وبنيانها.(هـ).

ص 357 **وأجاب أيضا عنها** بأن الفريق الذي لم يُحْدِثْ شيئا من بناء ولا غرس، لهم أن يُعطوا الفريق الذي غرس وبنى قيمة ذلك مقلوعا؛ ويكون ذلك كله بينهما على حسب إرثهما، ويبقَى البناء والغرس بينهم ملكا على حسب إرثهم، ولهم أن يأمروهم بقلع ذلك لتعديتهم وتبقى الأرض بينهم، ولهم محاسبتهم في كل ما أكلوا من غلة وانتفعوا.(هـ).

وسئل سيدي يحيى السراج عمن كان له إخوة متزوجون فمات والدهم، ثم تزوج هو وأقام عُرسه وما يحتاج إليه من جملة متروك والدهم، ثم بلغوا وملك كل واحد منهم أمر نفسه، واقتسموا مع أخيهم المذكور الأملاك التي خلفها والدهم، ثم توفي الرجل وترك زوجته، وعصَّبه إخوانُهُ المذكورون، فطلبت كالئ صداقها من تركته، فعارضوها بما تزوج به أخوهم ولم يحاسبوه إلى الآن، فعارضتْهم هي بالقسمة وأنها مسقطة لحقهم في ذلك، فلمن يكون القول منهما ؟

فأجاب : إذا وقعت القسمة فلا قيام بعدها بالوجه المذكور، والله الموفق.

وسئل سيدي العربي الفاسي عمَّن توفي عن غير عاصب وإنما ورثه أهل الفروض وبيت المال، فاقتسموا تركته، وباع صاحب بيت المال ما وجب له، والآن قام رجلٌ وادعى أنه عاصب الهالك.

فأجاب : إذا قُسمت التركة، والقائمُ بالتعصيب عالم بالنَّسَبِ والقِسمة، ساكتٌ، ولم يمنعه من القيام مانع يعتبر شرعا، فلا قيام له بعد ذلك، والسلام.(هـ).

وسئل سيدي أحمد البعل عمن توفي عن زوجة وأولاد منها ذكورا وأناث، ثم توفي الأولاد المذكورون كلهم عن أمهم وعاصب، فلما حضر العاصبُ مع الأم للمفاصلة في متروك الأولاد ادعت الأم أشياء من ذلك المتروك أنها لها وأنها من مالها الخاص بها، وسكت عنها العاصب ولم يعارضها في قولها، ثم تفاصلا وتصدَّقت المرأة بجميع ما حازته – مما ادعت أنه لها – بمحضر العاصب وبمرأى منه ومسمع، وحازه المتصدَّق عليه، ثم قام العاصب ينازع في ذلك ويدعي أنه لزوجها، فهل يُسمع مقالُهُ أم لا؟

فأجاب : إذا وقع القَسْمُ وامتاز كل واحد بواجبه فلا قيام للمدعي بعد ذلك ممن كان حاضرا للقَسْم ساكتا دون مانع، وأولى وأحرى إذا وقع التفويت بالصدقة أو غيرها فلا تُسمع دعواه ولا يُلتفت إليها، وإن كان لم يقع ذلك، فإن كان معروفا للنساء حلفت عليه المرأة أو ورثتها وأخذته، وما كان معروفا للرجال أو يصلُحُ للرجال والنساء حلف عليه الزوج أو ورثته وأخذوه، والله سبحانه الموفق.(هـ).

ص 358

وسئل أبو الحسن رحمه الله عن شركاء في أملاك وكان أحدهم حاضرا والآخَرون غائبون فكان هذا الحاضر يقاسم عن شركائه الغائبين ويزعم أنهم قدموه لذلك، ثم إنه قاسَمَ على رجل منهم في موضع وباع حظه الذي خرج له لإنسان آخر، ثم وقع الخصام بين هذا القاسم وبين المبتاع، فأراد القاسم المذكور أن يتوكل على أشراكه ويخاصم المبتاع، فهل له ذلك أم لا؟، وهل على هؤلاء الغائبين يمين أنهم لم يقَدِّموه ولا وافقوهُ على تلك القسمة وتُنْقض ويأخذون بالشفعة أم لا؟

فأجاب : إن كان الأمرُ على ما وصفتم فلا تصح وكالة القاسم المذكور على المبتاع المذكور بعد خصومته إياه خصاما يُفهم منه حصول العداوة، لأن المنصوص المعمول به أن وكالة العدو على عدوه لا تجوز، ولابدَّ من يمين الغُيَّبِ المقسوم عليهم ويأخذون بالشفعة لا لغيرهم، لأن الشفعة

لا تباع ولا توهب، وإنما هي خاصة بالشركاء لرفع ضرر الشريك، والله سبحانه أعلم. (هـ).

وسئل القوري عمن تحته نسوة فهلكت إحداهن، فبعد ذلك قسم ما كان بيده من المال على باقي النسوة في أصدقائهن وبقي فقيرا لا شيء له، وإذا بورثة المتوفاة طلبوه في إرثهم، فادعى أنه دفع لهم بعض حقهم وسلموا في الباقي، فأنكروا ذلك وقالوا: إنما قسمت المال بين نسائك حسدا منك لنا، فإن لم يجد الزوج بينة فهل اليمين على الوارث أو على الزوج؟، وإن حلف الوارث فهل يدخل فيما قسم على النسوة أم لا؟

فأجاب: إذا حلَّف وارث الزوجة استرد جميع ما خلَّفت ليأخذ منه نصيبه. (هـ).

وسئل سيدي أحمد البعل عن محجور مهمل لا وصيَّ عليه من أب، ولا مُقَدَّمَ من قاض، قُسمت بعض أملاكه بلا إذن القاضي، فبلغ الخبرُ للقاضي فقدَّم عليه، فأراد المقدَّم نقض هذه القسمة، فهل له ذلك أم لا؟

فأجاب: القَسْمُ على المحجور من غير إيصاء أب ولا تقديم قاض، باطلٌ لا عملَ عليه، ويرده من قام عليه الآن(هـ).

وسئل سيدي العربي بردلة عن معصرة بين رجلين اقتسماها أنصافا قسمة بتٍّ، فخرج بابها ومدخلها في إحدى القسمتين خروجا اتفاقيا من غير أن يتعرضا حين القسم لباب ولا مدْخل ولا ممر، ولم يتكلما على ذلك بوجه، وكان باب كل من القسمتين متعددا يدخل كل منهما من كل ناحية،

ثم بعد القسم بنحو ثلاثة أشهر بَنَيا معا حائطا فاصلا بين القسمتين، وفي ذلك كله لم يتعرضا للكلام على ممر ولا على مدخل، فبعد عام من تاريخ القسمة أراد صاحب القسمة التي ليس المدخل فيها أن يبني قسمته ويحجرها، فطلب من صاحب القسمة الأخرى المرور في قسمته فامتنع من

ذلك، فطالبه بأحد أمرين: **إما** أن يمكنه من المرور في قسمته، **وإما** أن ينقض القسم الواقع بينهما، فامتنع المطالَبُ من جميع ذلك مستندا إلى أنه حيث ضُرِب الحائط بين القسمتين ولم يطالب المنازعُ بالدخول، واستمرَّ ساكتا عن ذلك المدة المذكورة فإن ذلك يُعَد منه رضى، فهل يُجْبره الطالب على تمكينه من المرور أو نقض القسمة أو لا يلزمُهُ واحد منهما؟.

ص 359 **فأجاب** بأن القسمة الموصوفة لازمة صحيحة، ويكُون لمن لم تَخْرُجْ الباب في قسمته الانتفاعُ بالدخول من تلك الباب ومن ذلك المدخل إلى قسمته. **قال المواق** – على قول المختصر «وصَحَّتْ إن سكتا عنه، ولصاحبه الانتفاعُ»(3) **ما نصه**: من المدونة: إن اقتسموا الساحة ولم يذكروا رفع الطريق فوقع باب الدار في حظ أحدهم ورضي بذلك صاحبُه، فإن لم يشترطوا في أصل القسْم أن طريق كل حصة ومدخلها فيها خاصةٌ فإن الطريق بينهما على حالها؛ وملِك باب الدار لمن وقع في حظه، ولباقيهم فيه الممر.(هـ).

ونازلة السؤال من ذلك، والله أعلم(هـ).

وسئل سيدي علي المنصوري عن كيفية القسمة إذا كان في الأشراك من له حظ قليل جِداً، هل تُقَوَّم الأملاك ويأخذ من قيمتها بنسبة حظه، أم تقسم على أقل الأجزاء ويأخذ جزءه؟.

فأجاب: الذي تظافرت عليه نصوصُ المالكية أنه يُنظر إلى صاحب الحظ اليسير، فإن كان ينتفع به إذا قُسم فإنه يأخذه بالقسمة ولا يُقضى على أشراكه بالمقاومة، وإن كان إذا قُسم لا ينتفع به لقلته فإنه يقضى بينهم بالمقاومة، ويأخذ رب الحظ اليسير حظه بما بلغت قيمة ذلك بينهم، وإن أراد

(3) وذلك في باب القسمة، المشار إلى أوله في الهامش 1 من نوازل هذا الباب.
ومعنى العبارة باختصار: وصحت القسمة لمالَهُ مخرجٌ واحدٌ ولا يمكنُ غيرُه إن سكت الشريكان عنه حال القسْم، بأن لم يشترطوا شيئا، ووقع المخرَجُ في قسْم أحدهم ونصيبه، وصار ملكا له وحده، ولشريك من وقع المخرجُ في نصيبه الانتفاعُ بالمرور منه..الخ.

كل واحد منهم أخذه بقيمته باعه عليهم الحاكم بحكم بيع الصفقة،أو أصلحهم في ذلك، والله سبحانه أعلم.(هـ).

وسئل أبو القاسم بنُ خَجُّو عن الَّلحم الذي يقسم بالتحري؛ هل تجعل عليه القرعة أم لا؟، وهل يجوز قسم اللحم والحوت والفاكهة بالتحري أم لا؟، وإن قسم بالوزن هل يجوز جعل القرعة عليه أم لا؟

فأجاب : قسْمُ اللحم والحوت وكل ما يوزن أو يكال بالتحري لعدم المكيال والميزان جائز، ويجوزُ قَسْمُ ذلك بالمكيال المجهول والميزان المجهول والصنجة المجهولة، بخلاف البيع الذي لا يجوز فيه ذلك إلا بالمعلوم،

ولا تجوزُ القُرعة في شيء من المكيلات والموزونات، – قاله ابن رشد في المقدمات –.(هـ).

وسئل ابن هلال عن قسمة الصوف، هل يجوز بالتحري أو إلا بالوزن؟، وما يجوز أن يقسم بالتحري هل لابد فيه من القرعة؟، وهل لابد من العارف بتحريه أم لا؟

فأجاب : قَسْمُ الصُّوف على التحري جائز ولو على ظهور الغنم إن جَزَّه الآن أو إلى أيام قريبة يجوز بيعه إليها، وأما ما قسم على التحري فلا تجوز القرعة فيه، قال الباجي رحمه الله: لأن التحري بدَلٌ من الوزن.(هـ).

وسئل سيدي موسى الخطيب، عن امرأة كانت حاضنة على محاجر وهم شركاء مع أناس في أملاك، أراد أشراكهم قسمة تلك الأملاك، فنابت الحاضنة عن محاجرها في القسمة، فهل تصح هذه القسمة وتلزم المحاجر أم لا؟

فأجاب : إنما يتولى القَسْم على الصغير الأبُ أو وصيُّه، ولا عبرة بقسمة الحاضنة، والمحجورُ على حقه يطلبه في كل ما قسم، والسلام.(هـ). ص 360

قلت : إن لم يكن المقسوم شيئا قليلا، وإلا جاز كما يجوز له بيع القليل، وإن لم يكن في البادية أيضا أو في محل يُهمِلون الإيصاء على

أولادهم، وإلا فإن الحاضن يقسم للمحضون ويشفع له كما قدمناه في الشفعة، ويأتي في كلام الشيخ المسناوي وغيره.

وسئل العلامة المحقق السجلماسي عما يظهر من الجواب، ونصُّه:

إن القائمين بالغبن إذا كانوا كبارا حاضرين في البلد يوم قسم إخوانهم الأرض مع عمهم المقُوم عليه، وعلموا بالقسْم وتصَرُّف عمهم في نصيبه على أعينهم نحوا من ستة عشر عاما وهم ساكتون، لم تُسمع دعواهم، وهم في أقل من تلك المدة محمولون على الرضى بقَسْم إخوانهم، ويلزَمُهُم ذلك ولو لم يحضروا. **قال ابن الفخار**: إذا اجتمع الشركاء على القسم وقعد أحدهم عنه وقسَم الباقون، ثم عرف بالقسمة وموضعها فسكت ولم يُغير بقرب ذلك لزِمه القسم ومضى عليه.(هـ) نقله ابن عات. **وَحَدُّ القرب السَّنَةُ كما يدل له مسائل في المذهب، والله أعلم**.(هـ).

قلت: كلامه هذا يفيد أنه لا يقام بالغبن في قسمة المراضاة، وصرَّح به المجاصي في نوازله، فإنه سئل عن رجل مع إخوانه وامرأة أبيه اقتسموا أصولا لهم ورثوها وضُرِبت الحدود، وأخذ كل واحد يستغل ما خرج به مدة حياته، ثم بعد نحو أربعين عاما قام ورثة الرجل على ورثة الأخوات يدَّعون الغبن في تلك القسمة، الخ.

فأجاب: الحمد لله؛ وصلى الله على سيدنا محمد وآله.

الجواب أن القسمة التي يُقام فيها بالغبن – على ما عند صاحب مجالس المكناسي –، وأصله للمقصد المحمود، – هي قسمة القرعة وقسمة المراضاة بعد التعديل والتقويم فيهما، لدخول المقاسم فيهما على مقدار مخصوص، وإن كانت الأولى تمييز حق والثانيةُ بيعا من البيوع، وشرْطُ القيام فيهما بما ذُكِر القربُ، أما بعد الطول كالسَّنة أو بعد البناء والغرس فلا قيام. **وأشار إلى ذلك في طرر ابن عات، وصرح بذلك ابن سهل، ومثلُهُ في المفيد.**

أما القسم الثالث وهو قسمة المراضاة من غير تقويم ولا تعديل فلا يُقام فيه بالغبن، طال الزمان أو قَصُرَ، لأنه بيعٌ من البيوع، ولم يدخلا إلاَّ على محض المكايَسَة لا على مقدار معلوم كما في القسمين قبله. قاله ابنُ سلمون وغيره فخرج من مضمون هذا كله أن لا قيام بالغبن في النازلة أعلاه، أمَّا في الثالث فمطلقا، وأما في الأولين فبالطول الفاحش، وهذا كله إذا باشر الأخ القسمة بنفسه، أو رضيَها بعد الاطلاع، أو سكت بعد أن أمكنه القيام السنة والسنتين، وقيل: العشرةُ أعوام كما عند ابن سلمون في نظيرتها، وكان مختارا لا ضغط ولا إكراه، وإلا كان هو وورثتُهُ على حقهم مادام الإكراه، **ومثله المحجورُ إن اتصل حِجره بالموت ولم يسكت الورثةُ مع الرشد وذهاب التقية السنة والسنتين كما سبق**، والله تعالى أعلم.(هـ).

ص 361

قلت : ما ذهبا إليه من عدم القيام بالغبن في قسمة المراضاة تبعا فيه التحفة، ونصها:

وقِسمة الرضَى والاتفاق .·. من غير تعديل على الإطلاق
كقسمة التعديل والتراضي .·. فيما عدا الغبن من الأغراض

قال الشيخ التاودي في شرحها: والمعنى أنها مثلها في جميع ما تقدم إلا فيما استثناه بقوله: (فيما عدا الغبن من الأغراض)، فلا يقام به فيها على المشهور، لأنها بيعٌ باتفاق، إلا أن يكون الذي عقدها وكيلا فللموكل القيامُ بالغبن إذا ظهر كما لابن زرب وغيره، **لأن النائب عن غيره لا يمضي من فعله إلا ما هو سَدادٌ**.(هـ).

فيُفهم من تعليله أنه يقام فيها بالغبن على ما به العمل، **ولذا قال الفقيه سيدي يعيش الشاوي في (الكواكب السيارة) ما نصه: قلت** :هذا، أي كلام التحفة، جار على المشهور الذي صدَّر به في المتن من عدم القيام بالغبن

إذ قال: «ولا بِغَبْنٍ ولو خالفَ العادة»(4)؛ وأما على ما جرى به العمل فإنه يقام فيها بالغبن حيث وجدتْ شروطه، إذ غايتها أنها بيع من البيوع، فتأمله(هـ).

ونحوُهُ قول صاحب البهجة ما نصه: وعلى ما مر للناظم في فصل الغبن فيقام به فيها، لأن الحكم عليها بأنها كالبيع يوجب لها حكمه، وقد تقدَّم أنه يقام فيه بالغبن بالشروط المتقدمة على المعمول به وإن كان خلاف المشهور، فكان على الناظم - حيث درج فيما تقدم على أن البيع يُقام فيه بالغبن - أن لا يستثنيه هنا.(هـ). وهذا هو الصواب.

وسئل أبو العباس سيدي أحمد بن عبد العزيز الهلالي عن ورثة اقتسموا أصولا وناب عن بعض البنات محتسبٌ بلا تقديم وهُنَّ يتيمات، ثم كبرن وتزوجن ورضين بالقسمة وتصرفن فيما صار لهن كما تصرف شركاؤهن فيما صار لهم، وفوتوا(*) بعض الأنصباء بالبيع والمعاوضة، ثم بعد تزوجهن ورشدهن وسكوتهن بلا مانع نحْوَ عشر سنين قام بعضهن يردن نقض

(4) وذلك في أثناء الفصل المتضمن لأحكام البيع بشرط الخيار، والذي بدأه بقوله: فصل، إنما الخيار بشرط كشهر في دار، ولا يسْكُنُ، وكجمعة في رقيق..الخ.
ومعنى العبارة أنه لا يرد المبيعُ بغبن، أي بزياة على الثمن المعتاد بالنسبة للمشتري، ونقص عنه بالنسبة للبائع إن وافق العادة، بل وإن خالف الغبنُ العادة. وقد حكى بعض البغداديين عن المذهب وجوب الرد بالغبن إن كان أكثر من الثلث، وليس بصحيح، لقوله ﷺ: «لا يبعْ حاضرٌ لباد، دعوا الناس يرزق اللهُ بعضهم من بعض» ثم زاد صاب المختصر وقال: «وهل إلا أن يستسلم ويُخبره بجهله أو يستأمنه»؟ تردُّدٌ.
أي وهل لا يرد المبيعُ بالغبن في كل حال، إلا في حال استسلام الجاهل بالثمن من المتبايعين للعالِم به، أو استئمانه فيه، فيقع الغبن بالزيادة في البيع، والنقص في الشراء، أو يقول المستأمَن: قيمتُه بكذا، والأمرُ بخلافه، فله ردّه حينئذ، أو لا يرد المبيع بالغبن مطلقا وفي جميع الأحوال؟ طريقتان، وطريقة ثالثة تقول: إنه لا خلاف في ثبوت الغبن لغير العارف، وفي العارف قولان.

(*) ينبغي التأمل في هذه الجملة، بهدف التثبت من مرجع الضمير بالتذكير هل على الورثة الذين افتسموا الأصول، ذكورا وإناثا، وهو الظاهر المتبادر، أو في إحتمال رجوعه على اليتيمات اللائي كبرن، ورضين بالقسمة، وتصرّفن فيما صار لهن، فيقتضي ذلك تأنيث الضمير لكون فعل التفويت وقع الكلام عليهن مباشرة، فليتأمل وليحقق، والله أعلم.

القسمة، مدعيات أن بعض الأملاك التي صارت لشركائهن هي لهن خاصة، وأُدخلت في القسمة بلا موجب شرعي، وأنكر شركاؤهن ذلك، هل لهن في ذلك كلام أم لا؟

فأجاب : لا كلام لهن إن لم يكن لهن عذر في ترك القيام المدة المذكورة، لأن القسمة تفويت، ولا قيام لمن سكت عن النزاع مع علمه بالتفويت إن طال سكوتهن عاما فأكثر كما ذكره ابن رشد واعتَمَدَهُ غير واحد، **وقيل** : أقلُّ من العام قاطعٌ للقيام، وسواء كانت القسمة مراضاة أو قرعة إلى أن قال : فأي قيام لهن بعد ذلك؟، والله تعالى أعلم.(هـ) .

ص 362

وسئل أيضا عن أخوين كانت بأيديهما أرضٌ فقسماها وتَصَرَّف كل واحد منهما في نصيبه مدة ثلاث سنين، ثم قام رجل عليها يدعي أنها له، وأنه رهنها لأحدهما، وأنكراه في دعواه، فهل يسمع كلامه أم لا ؟.

فأجاب : الحمد لله؛ وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم.

إن كان القائم حاضراً للقسمة أو غائبا عنها في البلد وغيره فعلم بها وسكت المدة المذكورة بلا عذر فلا كلام له، لما نصُّوا عليه فيمن فُوِّت عليه ماله بوجه من الوجوه التي تنقل الملك من بيع أو هبة أو نحو ذلك، ثم قام ينازعُ فيها، فلا يُسمع له كلام، والقسمة تنقل الملك، سواء قلنا : هي بيعٌ أو تمييزُ حق، وإن لم يحضروا ولا عَلِمَ بها، أو علم وكانت له تَقِيَّةٌ منعته القيام فيما مضى وثبتت بموجبها فالقول قوله في عدم الرضى بالبيع، **لنصِّهِمْ أن القول لمنكر العقد إجماعا**، لأن دعوى مدَّعي البيع تضمنت إثبات الملك للبائع قبل البيع، فيجب استصحاب الملك حتى يثبت خلافه، **والأصل بقاء ما كان على ما كان. الخ.**

وسئل أيضا عن رجال اقتسموا ملكا كان بينهم قسمةَ بتٍّ، وبقي كل **واحد يتصرف منهم فيما صار له**، ويبيعُ ويرْهَنُ في متاعه كيف شاء على عين

إخوانه الذين وقعت القسمة معهم من غير منازع ولا معارض فيما وقع فيه البيع والقسمة سنين عديدة حتى توفي الكبار كلهم، وترك كل واحد منهم ما بقي بيده لمن أحاط بإرثه يتصرفون بالبيع وغيره كآبائهم بلا منازع حتى الآن، قام أحد الورثة وذكر أن القسمة المشار إليها إنما هي قسمة المنفعة، فلمن يكون القول منهم؟.

فأجاب : الحمد لله، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

إن كان الورثةُ المذكورون يدَّعون قسمة الأملاك المذكورة في سالف المدة وطال أمد الحيازة، والقائم حاضر ساكت بلا عذر، فإن القول قول مدعي قسمة البت.

ففي الدر النثير أن أبا الحسن الصغير سئل عن رجلين اشتركا ملكا شائعا فاقتسماه وبقي كل واحد يغتل ما صار له ثمان عشْرَة سنة، ثم مات أحدهما وترك ورثة، فبقُوا على ما كانوا عليه مع الميت ستة أعوام وقد ضاع عقد القسمة، فادَعى الورثة أنه بقي على الشياع، وقال الرجل: بل هو مقسوم، فهل هذه المدة دليلٌ على القسمة أو يُحْكَم بالأصل الذي هو الشياع؟.

فأجاب : اغتلالُ كل واحد جهته حُجَّةٌ لهذا أنها مقسومة.(هـ).

وسئل عن أخرى مثلها فقال: إن كان يدعي المقاسمة طول المدة فالقول قوله أنها قسمة بت حتى يثبت أنها قسمة انتفاع، وإن لم يكن يدعيها وإنما كان يغتل ساكتا فالقول للآخر أنها للانتفاع.(هـ) بمعناه.

وسئل عن ثالثة من هذا المعنى أيضا فقال : إن مضت مدة الحيازة فالقول لمدعي البت، وإلا فلمدعي عدمه(هـ) بخ.

ونقل ابن هلال عن طرر ابن عات ما نصه:

سئل أبو محمد عن شريكين تنازعا في قسمة أرض، فقال أحدهما: قسمة بتٍّ، والآخَرُ منفعة، **فقال**: القول قول من يدعي البتل إن شاء الله، وظاهرُ هذا عَدَمُ اشتراط مدة الحوز، وهو أيضا ظاهر ما لابن ناظم التحفة. ص 363

وأمـا قـولـه :

(والمدَّعِي لقسمة البتات * يُؤْمَرُ في الأصحِّ بالإثبات) .

فإنما هو فيمن ادعى البت وأنكر خصمُهُ القسمة رأسا، وأما إن أقر بالقسمة وادعى أنها قسمة اغتلال كما في نازلة السؤال فالقول لمدعي البت كما ذكره أبو يحيى ابن عاصم قائلا : حكاه ابن عات والمتيطي، والله سبحانه أعلم .(هـ) .

قلت : فيه نظر ، لأن الخصم إذا أنكر القَسْمَ رأسا فالقول له بلا خلاف ، والناظم قال : في « الأصحِّ »، أُنظره، والذي قال الشيخ التاودي في شرح بيت التحفة المذكور هو ما نصه :

قال في المفيد : ذهب قوم إلى أن القول لمدعي البت مع يمينه، وقال آخَرون : القول لمدعي قسمة المتعة، لأنه يقول : لم أقسِم، وبه العمل، وهو الصواب، وإلى تصويبه أشار الناظم بالأصح، إلا أن يطولَ الزمانُ وتمضي مدة الحيازة كالعشرين سنة والأربعين على ما تقرر في حيازة الشريك : أجنبي أو قريب، فالقول حينئذ لمدعي قسمة البت، قاله أبو الحسن؛ وأحرى من قول الآخر : (هي قسمة استغلال) ما إذا قال : لم تقع قِسمة، فإن القول له بلا خلاف، ولا يحمل عليه الناظم، لقوله : « في الأصح »(هـ)، وهو الصواب المعتمد الذي يتعين المصير إليه، والله أعلم .

وسئل العباسي عما إذا قسم الإخوة متخلَّفَ والدهِم بلا بينة ، ثم بعد مدة طويلة ادعى بعضهم عدم القَسْم ، فهل القول لمن ادعى القسم أو لمن ادعى الشياع؟ .

فأجاب : إن كانت بينةٌ معتبرةٌ به فهو لازم، وإن لم تكن، **ففي الدر النثير :** يكون النظر لمدة الحيازة، فإن انقضت فالقول قول مدعي القسمة، وإلا فالقول قول مدعي الشياع الخ .

وسئل أيضا عن رجل ترك أولاده صغارا بلا وصي ولا مقدَّم، فقامت عليهم عمتهم تطلب إرثها في أبويها الذي كان تحت يد أبيهم وهو أخوها، فقام بعض أعمامهم وعزلوا لها حقها فعمَرَتْه أزْيد من عشر سنين، فبلغ اليتامى وأرادوا عَوْدَ القسمة مدعين الغبن، فحضر لهم القاسم وقسم لهم ثانيا، فلم يرضَ بذلك اليتامى وقالوا: إنما يرضَوْنَ بالقسمة الأولى دون الثانية، فقال لهم أعمامُهُم الحاضرون لهم أولا وثانيا، إلحَقُوا الشرع، فهل العملُ على القسمة الأولى أو الثانية؟.

فأجاب : إن لم يدَّعوا في القَسْم إلا بالغبن فحكْمُه في قول المختصر: «ونُظِرَ في دعوى جور أو غلط»(5) الخ، ومن **المدونة**: إذا قالوا للقاسم: غلطت، أو لم تَعدل في قَسْمك، نظر في ذلك الإمامُ، فإن كان قد عَدَل أمضاه، وإلا رده، ولم ير مالك قسم القاسم بمنزلة حكم القاضي.(هـ)، والله أعلم.

وسئل أيضا عن أخوين اشتريا ملكا وقسماه بالحدود، ثم إن واحدا منهما ظهر الماء في حظه وادعى الآخر أن له الشركة فيه معه، هل له ذلك أم لا؟.

ص 364

فأجاب : **وبعد، فالماء لمن صحت له أرضه؛ نعم**، إن كان ذلك بئرا قديمةً فنقَلَ المواقُ: إذا قسموا دارا أو أرضا بقرعة أو بتراض فوجد أحدهم في نصيبه البئر العادية أي القديمة أو الصخر أو العمد **فنقل ابن سهل** أن ذلك له وحده كما لو وجد ذلك المشتري، على ما في الواضحة، ونقل عن العتيبة خلاف ذلك، والله أعلم.

---

(5) وذلك في باب القسمة أيضا.
أي، وإن ادعى أحد المتقاسمين الجور أو الغلط في القسمة نُظر في دعوى جور، أي عدول من المقاسم عن الحق عمدا، أو عدول عن الحق خطأ، فإن لم يظهر شيء منهما لا من الجور ولا من الغلط مضى القسْم ولزم، وإن اعترف الشريك به قُضي عليه بما يقتضيه اعترافه، وإن أنكر حلف المنكر على ما ادعاه مقاسمه من جور أو غلط، فإن تفاحش الجور أو الغلط أو ثبتا بشهاة أهل المعرفة، نُقضت القسمة (قسمة القرعة)..الخ.

وسئل أيضا عمن اقتسم لأولاده الأربعة ملكه على خمسة؛ بأن أعطاهم أربعة أخماسه واستثنى الخمس لنفسه، وحاز واحدٌ منهم ما سمَّى له على عين والده المذكور، وحاز الوالد المذكور لأولاده الباقين ما اختصُّوا به لكونهم صغارا إلى تزويجهم، فهل يُقضى بنفوذ هذه القسمة أو بفسخها أو في ذلك تفصيل؟.

فأجاب : وبعدُ، فقد سأل القاضي سيدي يوسف بنُ يَعْزى الرسموكي العلاَّمةَ القاضيَ سيدي عيسى عما جرت به العادةُ بالبلاد الجزولية من تشريك الرجل أولادَه في ملكه بتجزئة معلومة، ويكون منهم الصغير والكبير، ويحكمون بصحتها لجميعهم.

فأجاب بما فيه طولٌ وتوجيهُ ما جرى به العمل والعرف، وأنه لا يخالف الفقه، وبلزوم إجراء الأحكام عليه، لأن مخالفة ما جرى به العمل فتنة وفساد كبير، فليراجع ذلك في أجوبته، فقد كفى المؤنة رضي الله تعالى عنه(هـ).

وسئل أيضا عن رجل توفي فاقتسم الورثة جميع موروثه من كل ما احتوت عليه تركته بعد إخراج الديون التي عليه، واقتسموا جميع أصوله، وعَمَرَ كلٌّ واحد ما صح له وتصرَّفَ فيه بالحرث والبيع وغير ذلك نحو خمسين عاما بلا منازع ولا معارض. فاليوم قام بعض ورثة بنات المتوفَّى المذكور يرومُ إعادة القسم، مُدَّعيا أنه لم تقع فيه القسمة قط، وادعى ورثة الجد بأنه مقسوم، وكلَّفوهم بإخراج القسمة، فادعوا تلفه. ما الواجب مع عمارة كل وارث المدة المذكورة؟، وكيف إن شهد شهود اليوم بوقوع القسمة بين ورثة الجد وأخذ كل وارث حقه، هل يكفي عن إخراج صك القسمة أم لا؟.

فأجاب : قال الشيخ أبو الحسن الصغير : إن لَّم تكن بينة كان النظر لمدة الحيازة، فإن انقضت فالقول قول مدعي القسمة، وإلا فالقول قول مدعي الشياع لأنه الأصل. **وقال أيضا** : اغتلال كل واحد جهةً حجةٌ لهذا أنها

مقسومة. **وقال أيضا**: إن أثبتوا دعوى المقاسمة كان لمن حاز ملكا، وكان طول الحيازة يدعي ملكه، أنه له حتى يأتي المدعي بأَثْبَتَ من هذه الحيازة، وكذلك هنا، وأما لو لم يكن يدعي المقاسمة وإنما كان يغتلُّ ساكتا فاحتج الآن ورثته على الشريك بالاغتلال فحجةٌ لا توجب زوال الشياع. (هـ). وأما إذا كانت بينةٌ مقبولة بوقوع القسم كما ينبغي فلا إشكال، والله أعلم.

وسئل أيضا عن جمع الدور مع الحوائط أو مع الأرضين في القسم، هل يجوز أم لا؟ وهل يجوز جمع الوصية في موضع واحد، أي عزلها في بلدة واحدة مع كون الملك في البلاد المتعددة؟.

ص 365

فأجاب: إتفق العلماءُ على أنه لا يُجمع في القَسْم الدُّور مع الحوائط، ولا الحوائطُ مع الأرضين، ولا الدور مع الأرضين، وإنما يُقسَم كل شيء من ذلك على حدته، وتُعْزَلُ الوصية المحبَّسة من كل شيء من ذلك، ولا يُضَمُّ بعض القرى إلى بعض لتُعْزَل الوصية في موضع واحد، بل الواجبُ أن تُعزل وصية كل بلد على حِدَته، وإنما يجوز الضم مع القرب جدا كالميل في شروط معلومة.

وقال أيضا في نازلة أخرى أجاب عنها سيدي عبد الله بن يعقوب بقوله:
الجمع بين الحظَّين في قسم القرعة في حق العَصَبة، فيه ثلاثة أقوال:

أحدها أنهم كأهل سهم واحد يُجمع لهم حظهم ثم يقسمون إن شاءوا، وهو قول ابن حبيب.

والثاني: لا يَجْمَعون وإن رضُوا، وعُزِيَ للمغيرة.

والثالث: لا يُجمع حظهم إلا أن يرضوا، وهو لابن القاسم.

فعلى هذا الخلاف ينبغي إمضاءُ القسمة مراعاة له، لاسيما حيث حصل الغرض من ظَفر كل بسهمه على الخصوص، فلا تنقض تلك القسمة عندي، والله أعلم.

وسئل أيضا عمن أرادوا قسمة ملك وفيهم اليتامى والغُيَّاب، وأراد بعضهم إحضار القاضي ليميز لكل حقه، وأباه بعضهم قائلين: نُفَصِّل ذلك بأنفسنا بلا كلفة القاضي؛ مَن تُسْمَعُ دعواه من الفريقين مع تعذر الفصل بالموجب إلا مع حضور القاضي؟.

فأجاب : وبعد، فالقاضي هو الذي يلي القسمة على الغائب ويعزل حظه كما في المدونة، وفي المختصر «كقاض عن غائب»(*)، وقُيِّد ببعيد الغيبة، وإلا انتظر، وكذلك اليتيم، النظر في أمره لقاض معتبر، والله أعلم.

وسئل أيضا عن رجلين اقتسما مالهما بالتراضي وعمر كل منهما قسمته مقدار ست سنين ثم قام أحدهم وادعى بالغبن هل له مقال أم لا؟

فأجاب : وبعد، فقسمة المراضاة والاتفاق من غير تعديل ولا تقديم، لا يقام فيها بالغبن، فمن أراد نقض هذه القسمة بدعواه أن فيها غبنا أو غلطا لا يُلْتَفَتُ إليه ولا تُسمع دعواه لأنها كبيع المساومة؛ على أن الشركاء لو قسَموا أو استغلَّ كل واحد نصيبه وطال الأمر ثم قام أحدهم بالغبن حيث يكون له القيامُ كقسْمِ القرعة أو المراضاة بالتقويم لمنع من ذلك، فلا قيام له ولا تُسمع دعواه، والطولُ في ذلك السنةُ، وكذا يُفيت القيام بالغبن البناء والغرس، والله أعلم، وتقدم ما فيه.

وسئل أيضا عمن توفي وقَسَمَ ورثتُهُ متخلَّفه فمضى على القسم أكثر من أربعين عاما، ثم قام قائمٌ بديون على موروثهم وهو حاضر في البلد، هل له مقال مع علمه بالقسمة وسكت تلك المدة؟.

فأجاب : **وفي المنتخَب** : **قيل لعيسى**: فلو مات رجل فاقتسَم ورثته ماله، ورجُلٌ حاضر ينظر إلى قسمتهم، ثم قام بعد ذلك بذكر حق، **قال** : ص 366

(*) وذلك في آخر باب القسمة.
والتشبيه في جواز قسم الأب أو الوصي عن صغير، كجواز قسم قاض عن رشيد غائب إن طلبه شركاؤُه. ففي المدونة لابن القاسم : إذا ورثَ قومٌ شقصَ دار، والشريك غائب فأحبّوا القسم، فالقاضي يلي ذلك على الغائب، ويعزلُ حظّهُ. إلخ.

لا شيء له، إلا أن يكون له عـذر في ترك القيـام وهو يدَّعي حـقَّـه عندمـا يُحْدَثُ فيه هذه الأحداث، وتَشهد البينة أنه كان مدعيا لحقه، أو يكون غائبا، أو يكون لهم سلطان يتمنعون به .(هـ) . والله أعلم .

وسئل أيضا عمن علم بالقسمة وسكت أمدا طويلا ، ثم قام وادعى جهل كونه يرث ، هل تُسمع دعواه بذلك أم لا ؟

فأجاب : إنَّ من عَلِمَ بالقسم وسكت بلا عذر مدة طويلة فلا قيام له في ذلك .

وأما دعوى جهْل كونه يرث ففي أجوبة سيدي عيسى :

لا يعذر الإخوة بالجهل الذي يدعونه بالنسبة إلى الإرث، ولا يُسمع منهم ذلك، إذ لا تجد من يجهل إرثه لأخيه، لاسيما مع طول الأمد وسكنى الحواضر، **إلى أن قال : وقد قسم الفقهاء الدعاوي إلى ثلاثة أقسام، فذكروا منها تكذيب العادة، وهذه منها بلا شك**، فإن العلم بالإرث من جهة القرابة معلومٌ ضرورة، والجهلُ بقدر ما يورث كالثلث أو السدس أو نحو ذلك موجودٌ في الناس لا يعلمه كل أحد . إنتهى المراد منه، والله أعلم .

وسئل أيضا عن قاض أوقع القسمة بين أُناس قبلَ أداء الشهادة بعدة الورثة وقبل ثبوت ملكية المال المقسوم للموروث إلى أن ورثه ورثته، فادعى بعض الورثة فساد القسمة لذلك .

هل تُسمع دعواه ولو طال ما بين القسمة والقيام أم لا ؟

فأجاب : أما كَتْبُ عدة الورثة فلا يُشترط، فيصح القسْمُ الذي عقده المكلَّفون على أنفسهم لأنفسهم.

فقد سئل سيدي عيسى عن المتراضيين على القسم من غير أن يكتبا عدة الورثة، وبقي كل واحد يستغل ما صار له أزيد من عشر سنين، ثم ادعى أحدهما أن ذلك غير لازم حيث لم يكتبا عدة الورثة .

فأجاب : القسمة التي تعاقداها ووقع التراضي عليها لازمةٌ لهما، حيث علم كل واحد منهما بعدة ورثة الأب، إن انضاف إليه علم كل واحد منهما بما خرج عنه وبما خرج به وأحاط بقدر ذلك لا إن جَهِلا(هـ).

وعلى العلم يُحمل ولا يصَدَّقُ مدعي الجهل، لاسيما مع طول المدة، ولا يشترط في قسم القاضي إلا إن كان هناك يتيم أو غائب فلابد من قاض معتبر، ثم هو لا يقسم إلا بعد حصول موجباته، ومن سكت بعد زوال عذره أمدا يدل على رضاه فلا قيام له بعد بالغبن على ما عُلِم، والله أعلم.

وسئل أيضا عمن قسم ماله لبنيه ولم يغرم الديون الثابتة عليه، فلما مات قام أرباب الديون يطلبون فسخ القسمة، ألَهُم ذلك، أو للبنين أن يغرموا الدين ويبقى القسم بينهم كما أوقعه أبوهم؟.

فأجاب : **للبنين غُرم الدين**، وإذا غرِموه صحت قسمتهم وهبَتُهم إن ثبتت كما ينبغي، والله أعلم.

وسئل أيضا عن رجل يتخاصم مع خصمه في المقسوم ويدعي فسخ القسمة بالغبن، فقال له: أعطني ما خدمته به وقد بعته لك، فقبل منه ذلك، وهما بمجلس القاضي، ثم بعد سنة أيام أنكر وقال: ما قصدت البيع له وإنما فعلت ذلك للحرج، هل له ذلك أو مضى البيع؟.

ص 367

فأجاب : إن قامتْ قرينة على عدم إرادة البيع فلا يلزمُ، وإن قامت قرينة على إرادته لزمه إن ثبت بشروطه، والله أعلم.

وأجاب أيضا بقوله: إذا ثبت الغبن في القسمة انتقضت، ما لم تفت الأملاك ببناء أو هدم أو غرس أو غير ذلك، فإن فاتت بذلك رجعوا في ذلك إلى القيمة يقسمونها، وإن فات بعضه وبقي سائره على حاله قسموا ما لم يفت مع قيمة ما فات، **قاله في معين الحكام**.

لاكن إنما يقام فيما قرُب، وأما ما بعُدَ وطال أمده وتاريخه فلا قيام فيه بغبن، **قاله أبو ابراهيم**، وحَدٌّ ذلك العام.

قال الأجهوري : والظاهر أن ما قاربه كهو، وهو ظاهر في غير المتفاحِش، وأما هو فينبغي أن لا تُنقض القسمة بدعوى مدعيه ولو قام بالقرب حيث سكت مدة تدل على رضاه(هـ).

وأما البيعُ فقال الزرقاني عند قوله: «فإن فات ما بيد صاحبه بكهدم لا بيع»[6] **ما نصه**: أي فليس بفوت، ونحوُهُ لمتبوعه الأجهوري،

وقال الحطاب : لا يدخل في قوله «كهدم» البيعُ وإن كان، قد ذكره أبو سعيد في تهذيبه، لأن القاضي عياضا تعقَّبَه، ونقله في التوضيح، والله أعلم.

وسئل أيضا هل ينفعُ الاسترعاء في القسمة وهي من المعاوضات أم لا ؟.

وأيضا إن ادعى أحدهم أن في المقسوم ثلث الحفائد بعد مضي أمد معتبر، هل لهم مقال أم لا؟، وبماذا يثبت الغبن عند من ادعاه؟.

فأجاب : وحكم الاسترعاء والتبريح معلوم، والقائمُ بالوصية في المقسوم يُكَلَّفُ إثبات موجباتها، فإن حصَلت سُمِع منه، وإلا فلا؛ **والغبنُ إنما يُعتبر يوم القسم ويثبت بقول أهل المعرفة**، والله أعلم.(هـ).

---

(6) وذلك في باب القسمة أيضا، والعبارةُ مرتبطة بعبارة أخرى قبلها، وهي قوله: «وإن وجد عيبا بالأكثر فله ردها، فإن فات ما بيد صاحبه بكهدْم ردَّ قيمته يوم قبْضه، وما سلم بينهما، وما بيده رد نصف قيمته.. .الخ.

والمعنى: وإن وجد أحد المتقاسمين عيبا بالأكثر من نصيبه الذي خصه بالقسمة بأن زاد على نصفه فلواجد العيب رد المقاسمة وفسخها إن كانت الأنصباء التي خصت شركاءه قائمة بأيديهم لم تفُت، وابتدأ القسمة، فإن كان وجود العيب بعد أن فات النصيب الذي كان بيد صاحبه بكهدم وبناء، وقطْع ثوب وغرس وقلع وتحبيس وهبة وصدقة رد صاحب الفائت نصف قيمته لمن وجد العيب في نصيبه معتبرة يوم قبض الفائت، والنصيب الذي سلم من الفوات وهو المعيب، بين الشريكين نصفين، وهذا في الحقيقة نقض للقسمة أيضا، لقيام قيمة ما فات مقامَهُ.. .الخ.

وسئل العلامة أبو عبد الله المسناوي عن يتيم لا وصيَّ عليه من أب ولا مُقَدَّمَ له من قاض، هل لكافله الرشيد من أم مثلا أن يتولى النظر له في أموره من بيع وشراء وإنفاق وصلْح ومقاسمة أصل أو غيره، وتوكيل على شيء من ذلك أو غيره، اعتمادا على ما ذكره المواق في باب الحجر والقسمة من شرحه على المختصر مما نقله عن ابن سهل، أو ليس له ذلك كما في المختصَر وغيره من الأُمَّهَات، أو يفرق في ذلك بين أهل الحاضرة الذين من شأنهم الإيصاءُ فلا يسوغ لهم ذلك، وبين أهل البادية الذين ليس من شأنهم ذلك فيَسُوغ لهم كما يظهر من بعض أجوبة المعيار؟، وكيف إن دعت إلى ذلك ضرورةٌ حالية أو مصلحة حاجية؟.

أفيدونا في الجواب بما ترونه الصواب، ولكم الأجر من الملك الوهاب.

فأجاب : الحمد لله، إنَّ تصَرُّفَ الكافل من أم أو غيرها لليتيم المهمَل، –كان في البلد قاض أم لا،– هو الذي نسبه في الواضحة –نقلا عن مطرف وابن الماجشون– لمالك وغيره من العلماء، واختاره صاحبها ابنُ حبيب، وأبو بكر بن عبد الرحمان وغيرهما كما ذكره القاضي أبو الأصبغ في نوازله، والشيخ خليل في توضيحه؛ **وفحوى كلام ابن سهل تقتضي ارتضاءه له. لاقتصاره عليه؛ قال في ترجمة القسمة بين الصغار والكبار ما نصه:**

ص 368

في كتاب القسمة من الواضحة: قال ابن حبيب: مقاسمة الأب لبنيه الصغار جائزة عليهم لازمة لهم، ووصيُّ الأب في ذلك كالأب لا يدخل القاضي في ذلك عليه، فإن لم يكن وصي فالقَاضي ؛ لا يقسم للصغار غير هؤلاء الثلاثة على الدرجات التي وصفت، إلا أن مُطرفا وابن الماجشون أخبراني أن مالكا وغيره من علمائهم أجازوا في الصغار يهلك أبوهم –فتحضُنُهُمْ أمٌّ أو عم أو أخ رشيدٌ أو أجنبي إحتسب فيهم وقام بولايتهم واكتنفهم بغير تقديم سلطان أو إيصاء أب – أن يُنفذ لهم عليهم ما يجوز للوصي على من أُوصي إليه به من مقاسمة أو بيع أو ابتياع أو تزويج أو صلح

أو إنفاق أو حيازة صدقة منه أو من غيره أو شبهه، يُنَزَّلُ في جميع ذلك منزلة الوصي، وبه أقول، وأعلمت به أصبغ فاستحسنهُ وقال به؛ **ولم يكن ابنُ القاسم يقوله هكذا مجملا، إلا أنه قال في مُربِّي اللقيط: إن مقاسمته له ما أوصي له به وحيازته له ما تُصُدِّق به عليه جائزة، وإنما جاز ذلك بولايته إياه وكفالته له، فكذا كل من ولي يتيما واكتنفه لقرابة أو حسبة هو كالوصي في جميع أمره.(هـ)** المراد من كلام الواضحة الذي نقله ابن سهل.

وقال في التوضيح في باب الحجر -لما ذكر الخلاف في بيع الكافل- ما نصه:

ثاني الأقوال الجوازُ **مطلقا**، قال ابن الماجشون في الواضحة: أجاز مالك وغيره من العلماء نظر العم وغيره كالأم والأخ وابنه الرشيد لليتيم دون تقديم من السلطان أو إيصاء من الأب، وأجازوا له ما يجوز للوصي إذا أحسن النظر ولم يتهم. ويؤيِّدُه أن مالكا أجاز لملتقط الطفل أن يحوز له ما وُهِبَ له دون أن يجعل السلطانُ له ذلك، وأجاز في النكاح إنكاحه لمكفولته، وقال: مَن أنظَرُ لها منه؟. **قال أبو بكر ابن عبد الرحمان وغيره: وإذا جاز إنكاحه فبيعه أَولَى.(هـ).**

وفي باب القسمة من مختصر ابن عرفة ما نصه: وفيها: يجوز قَسْمُ ملتقط اللقيط عليه، ولا يقاسم العم على ابن أخيه، ولا الأمُّ إن لم تكن وصيا؛ **عياض**: قال سحنون: وهو اختلاف، وهذه الأصلُ، ومسألة اللقيط لا شيء. **وروى أشهبُ: للأخ أن يبيع على إخوته الأيتام. أشهب**: إذا وليَ الأخ أو العمُّ مثل ما ولي الملتقط لقيطَه يبيع له ويبتاع. **فعلى هذا**، المسائل متفقة، وجوابها واحد، وهو اعتبار وجود الحضانة وعدمها.(هـ).

فانظر قوله: (فعلى هذا الخ) فإنه محل الحاجة، والشاهدُ لما نحن فيه، وليس في كلام مَن ذُكر تقييدُ ذلك بخصوص البادية، بل هو عامٌّ فيها وفي الحاضرة وإن كان ما عُرِف من شأن أهل البادية – من تصرف القريب

ص 369 الكافل من أم أو أخ كبير أو غيرهما لمكفوله الصغير ونحوه وتركِهمْ الإيصاء إليه اتكالا منهم على أنه يُفعل بدونه – مما يرفع الخلاف في هذه المسألة في حقهم ويوجبُ العمل بمقتضى هذا القول في شأنهم للعرف المذكور، كما أشار إليه بعض شراح المختصر، وكما هو مُفاد ما في بعض أجوبة المعيار عن بعضهم عند التأمل، فالعملُ في الحاضرة به أيضا سائغٌ، اعتمادا على كلام من ذكرنا، وأهلُ النوازل والأحكام أحقُّ بالاعتماد في مثل هذا المقام، ولاسيما مثل أبي الأصبغ ابن سهل الإمام، لأنهم خبروا من حال النوازل الجزئية والقضايا العينية ما لم يَخْبُرْهُ غيرهم، ودُفعوا إلى مضائق ذلك فباشروه بالعمل حكما وفتوى حتى تدرب به فكرهم، فلا يعارِض هذا ما في مختصر خليل وغيره من الأمهات من اقتصارهم على مقابله أو ترجيحهم له، ولاسيما حيث كانت الحاجة إلى ارتكابه داعية، والضرورة بالعمل به قاضية، كما في نازلة السؤال التي هي لدينا غير خفية، فإنه لا فرق حينئذ بين حاضرة وبادية، والله تعالى أعلم.(هـ).

الحمد لله، الجواب أعلاه صحيح، وبصحة فقهه واعتماده والعمل به لصحة نصِّه المصرَّح به في المذهب وقوته وإن لم تدْعُ إليه ضرورة – فكيف معها التي لها حكم يخُصها، إذ الضرورات تبيح المحظورات، لأنه يباح لعارض ما لايباح لغيره –، يقول عبد الله تعالى علي الشدادي كان الله له.(هـ).

الحمد لله، الجواب والتصحيح أعلاه صحيحان، وقد رأيت في الجواب أعلاه أن الحاضن والكافل بمنزلة الوصي عند كثير من فحول العلماء، وكلامهم ظاهر في أن الحاضن لا يُفرَّق فيه بين أم من غيرها، فكيف إذا كان الحاضن أُمًّا(*) التي تنازع الأب في ابنته كما في قول المختصر: «وللأم التكلم في تزويج ابنته

(*) كذا في الأصل: «أُمًّا» بالتنكير، ولعل المناسب والمراد: «الأُمّ» بالتعريف انسجاما مع اسم الموصول المعرّف، أو لعل كلمة سقطت، تقديرها مثل، التي، أو كالتي... إلخ، فليتأمل وليحقق.

الموسِرَةَ من فقير»[7] الخ، لاسيما وهي أشفق الناس على أولادها، وأعرفُ بمصالحهم من غيرها، بل قال ابن الحاج في نوازله: إذا كانت المرأة حاضنة فهل لها أن تقدم أحدا يعقد نكاح محضونتها أم لا؟ فأجاز ذلك جماعة من الفقهاء، ومنع ذلك ابنُ الطَّلاَّع وابنُ حمدين. (هـ) من ابن سلمون. فقابل جماعة باثنين، وقد ذكر الفشتالي خلافا طويلا؛؛ هل الكافل يَجْبُرُ البكر أم لا؟، وهل يزوجها مع وجود الأب أم لا؟ وهذا يظهر منه قوة الكفالة في إنكاح المكفولة.

وفي الفائق: سئل أبو عمر بن المكوي عمن كانت له ربيبة ربَّاها ووالدها حيٌّ فخُطِبت، فأراد أن يزوجها، من أولى بتزوجها؟ فقال: مَن أنكحَها منهما فالنكاح جائز. (هـ). وهكذا نقله عنه في المعيار، وناهيك بابن المكوي. وهذا كله إن لم تدْعُ ضرورة إلى عدم الرفع للقاضي، وإلا فلا ينبغي أن يختلف في كون الكافل - لاسيما إذا كان أمًّا - بمنزلة الوصي في الإنكاح والمال، لاسيما إذا كان معلوم الأمانة والدين والصيانة، وفي هذا كفاية، قاله وكتبه الحسن ابن رحال لطف الله به(هـ).

ص 370

الحمد لله، النصُّوص في النازلة أعلاه، التي جلبها المجيب أولا والمصحح ثانيا كافية فيها شافية، سدَّد الله ناقلها من معادِنها محرَّرة، والأخذُ بها أخذٌ براجح في نفسه من العلم في الفتوى والحكم، وإذا تعدد الراجحُ فالأخذ بكل منه

---

(7) وذلك في أثناء باب النكاح وأحكامه. كما سبقت الإشارة إلى هذه العبارة وبيانها في هامش من نوازل النكاح.
والمعنى: أن لأم البنت التكلم في رد تزويج الأب ابنتهما الموسرة المرغوب فيها لمالها وجمالها ونسبها وحسبها من رجل فقير، ورويت بالنفي، قال ابن القاسم: «إلا لضرر بين وظاهر، أي فلها التكلم.
ففي المدونة: أتت امرأة مطلَّقة إلى مالك رضي الله عنه، فذكرت له مثل تلك الحالة، وقالت: هل ترى لي في ذلك تكلما؟. قال: نعم، إنّي لأرى لك تكلُّما، ورُويتْ بالنفي، أيْ نعم، لا أرى لك تكلما. فصدَّر الإمام بنعَمْ على الروايتين، فأوردَ على رواية النفي أنه تناقض، فأجيب بأن معنى نعم أجيبك عن سؤالك، فلا ينافيه النفي عقبه.. الخ.

أخذ بالحق الذي يدان الله به في باب الفروع والتقليد فيها، على أن في الأخذ بالمبسوط منها في مطوّلات الأمهات تبصُّرا أيضا، هي مشاركة المقلد إمامه في الاطلاع على مآخذ فروعها من أصولها، وما يلهج به عامة الطلبة من أننا أمة خليلية مقالةُ سوء حَجَّرت واسعا، وألزمت التقليد الردى الذي مقتضاه أن لا يخالف خليل فيما غيرُهُ راجح أيضا، بل ولا فيما أخطأ فيه ولم يصب.

والحق أن للعلم معيارا وميزانا يوزَن به، وهو قواعده وفروعه في الأمهات، فما جاء موافقا لها قُبِلَ، ومالا فلا، فوجب نبذُ التقليد، والرجوعُ عن الإصرار عليه، ولو سُلِّم مرجوحية ما نُقل في النازلة جدلا لم يعب ارتكابَه ضرورةٌ أو غيرها.

وما تقرر من أن مخالفة المشهور في الفتوى أو الحكم لا تجوز لتعين العمل بالراجح، وحكى بعضهم الإجماع عليه، ممنوع، وسند المنع ما ثبت عن كثير من فضلاء العلماء المعتبرين في الفتوى علما ودينا وعدالة وصلاحا من ارتكابهم المرجوحَ تسهيلا، وإفتائهم به إراحة للحرج عن الأمة شفقة ورحمة، ودين الله يُسر، « والله يحب أن توتى رُخَصُهُ كما تؤتى عزائمه ».

وقد رأيتُ جوابا للشيخ يحيى السراج مفتي فاس زمنه وأحد أعلامها أن الافتاء بغير المشهور بعد الوقوع في الورطة وتَعاظُم الأمر لا يُنكَرُ، فإن ذلك شائع ذائع لا يخفى على من طالع كلام الفقهاء وفتاوي الأشياخ وإن كان بعضهم شدد في الفتوى بغير المشهور وحكى الإجماع على منعه، وبعضٌ آخر رخَّص في ذلك، لاسيما بعد الوقوع، وظاهر كلام بعضهم جواز ذلك ابتداء، وهذا عز الدين ابن عبد السلام يقول في بعض فتاويه : وللعامِّيِّ أن يعمل برخص المذاهب، وإنكارُ ذلك جهل ممن أنكره، لأن الأخذ بالرخص محبوب، ودينُ الله يسْرٌ.

وقال سيدي أحمد الونشريسي والشيخ عز الدين : هذا ممن لا يتقرَّر اتفاقٌ مع مخالفته باعتبار رأيه وروايته كما شهد له العدل الثقة الحافظ المحقق الإمام أبو عبد الله ابن عرفة، رحم الله الجميع.

وقال الإمام الشهير سيدي محمد بن يوسف السنوسي رحمه الله – في جواب له نقله صاحب المعيار بعد جواب له عن الفتوى بغير المشهور في جامعه – **ما نصه** : فإذا عرفت هذا كله استبان لك أن خروج المقلد عن العمل بالمشهور إلى العمل بالشاذ الذي فيه رخصة من غير تتبع الرخص صحيح عند كل من قال بعدم لزوم تقليد الأرجح، ويبيح للمقلد أن يقلد ما شاء من أقوال المجتهدين، وإنما أطلنا بعض الإطالة بما هو خارج عن نص النازلة، لأنا كُفينا مؤنتها، ولم يبق إلا طرد شُبهها الوهمية بعد التنزل عن شرفها وذرْوَة نصوصها إلى تخضيض الفرض والتقدير، وعند الله العلم، قاله وكتبه عبد الله سعيد العميري كان الله(هـ) .

ص 371

وسئل العلامة المحقق السلجماسي عن ثلاثة رجال اشتروا بقعة مشاعة بينهم فتراضَوا على قَسْمها، وتولى قسمها لهم المعلم فلان البَنَّاء حرفة، فقسمها لهم أثلاثا على حسب معرفته، وعين أحد الأجزاء لمن يأخذها يزيد ممن يأخذ الجزأين الآخرين ثلاثة عشر مثقالا، لكون ذلك الجزء محيطا به حيطان جيرانه وفيه مطامر، وضربوا القرعة على ذلك، فخرج كل واحد منهم بسهم من البقعة المذكورة، فهل هذه القسمة جائزة ويُمنعُ من أراد فسخها مما أراده أوْ لا؟

فأجاب : والله الهادي إلى الرشد والصواب: إنه إذا كان الأمر كما ذُكر مع ما زاده السائل لي بلسانه من أن الجزء الذي من أَخَذَهُ يعطي لغيره ثلاثة عشر مثقالا قُوِّم بخمسين مثقالا، والجزءان الآخران بدون ذلك، فالقسمة غير جائزة شرعا، لأن قسمة القرعة لا تُعَدَّلُ فيها السهام بغير جنس المقسوم كالدراهم، إلا أن تكون يسيرة على ما درج عليه في المختصر والتوضيح تبعا

للخمي، فقال في المختصر – عطفا على ما لا يجوز من القسم: «أو فيه تراجع إلا أن يقلَّ»[8]، **وعبارة اللخمي**: إن اختلفت قيمة الدارين فكان بينهما يسيرٌ، مثل أن تكون قيمة إحداهما مائة والأخرى تسعين فلا باس أن تُقْرَعَا على أن من صارت له التي قيمتها مائةٌ أعطى صاحبه خمسة دنانير. إنتهى الغرض بنقل المواق والحطاب. ومنه يُفهم أن المراد بقول المختصر «إلا أن يقل» ما كان مثل الخمسة من المائة، وذلك نصف عشر القيمة، ويؤخذ منه أن التراجع بما فوق الربع كما في النازلة لا يجوز، ولم نقف فيما بأيدي من كُتُب الأئمة على قول بالجواز في ذلك، بل ظاهر الرسالة وغيرها المنعُ مع التراجع في غير قسمة التراضي ولو باليسير، ولفظها – أي الرسالة: «ولا يؤدي أحد الشركاء ثمنا، وإن كان في ذلك تراجع لم يجز القسْمُ إلا بتراض». (هـ). **ومثلها قول القاضي عياض**: ولا تجوز بتعديل السهام بزيادة دراهم أو غيرها من غير جنس المقسوم من إحدى الجهتين. (هـ)، فظاهره المنع ولو قَلَّتْ الزيادة، وذلك عند ابن عرفة هو ظاهر الروايات.

ص 372 **فتحصل أن الزيادة** إما ممنوعةٌ مطلقا في القرعة على قول، وإما جائزة بشرط القلة على القول الآخر، ومثَّلَ شراحُ المختصر والتوضيح والقلشاني في شرح الرسالة القليل بالصورة التي ذكرها اللخمي.

---

(8) وذلك في باب القسمة كما دل عليه قول المؤلف: (عطفا على ما لا يجوز من القسْم).
والمعنى أنه يمنع القسم بين المتقاسميْن على أساس التراجع بينهما، أي على أساس رجوع أحد المتقاسمين بمال على الآخر لعدم تساوي القسمين في القيمة، كداريْن، قيمة إحداهما مائة، والأخرى خمسون، فاقتسما على أن من صارت له ذات المائة يدفع خمسة وعشرين لمن صارت له ذات الخمسين فلا يجوز، لأنه غرر، إذ لا يدري كل منهما حين القسم هل يرجع أو يُرجع عليه؟، وهذا في قسمة القرعة، وأما في قسمة التراضي فيجوز، لانتفاء الغرر، ويمتنع مثل هذا القسم بالقرعة في كل حال، إلا أن يقل ما يرجع به أحدهما على الآخر فيُغتفر، ويجوز القسم المشتمل عليه بالقرعة، بأن اختلفت قيمتا الدارين، فكان بينهما فرق يسير، مثل كون إحداهما مائة، والأخرى تسعين، فلا بأس أن يقترعا (يقتسما بالقرعة) على أن من تصير له التي قيمتها مائة يعطي صاحبه خمسة... الخ. كما هي في عبارة اللخمي هنا في هذه الصفحة.

وإذا كانت القسمة المسؤولُ عنها غير جائزة وجب نقضها وإعادةُ قسمة أخرى بالتراضي أو بالقرعة على وجه جائز إن أحب الشركاء القسم، والله أعلم.(هـ).

ثم إن بعض أهل القسمة أراد التمسك بنصيبه وإمضاء القسمة على الوجه المذكور، محتجا بأنه أُحْدِثَ في نصيبه بعدها تفويتٌ، **وكتب بذلك سؤالا، نصه**: سيدي – **رضي الله عنكم وأرضاكم؛ جوابكم عن أناس اقتسموا أرضا قسمة قرعة فاسدة**، إذ زادوا في بعض الأنصباء دراهم(*) للرغبة تزيد على نصف العشر ولم يُطَّلَعْ عليها إلى أن أُحْدِثَ في بعض الأنصباء تفويتٌ بمراضاة بين أرباب الأنصباء بعد تعيين نصيب كُلٍّ بالقرعة السابقة، فقام صاحبُ سهْم واقترع لهما بعد تعديله، فخرج نصيب كل لناحية، فتراضيا على أن يأخذ كل منهما نصيب صاحبه.

ثم إن أحد المتراضيَيْن أبدلَ نصيبه بنصف نصيب ذي ثلث آخر لمصلحة، وحاز كلٌّ من أصحاب الانصباء ما صار إليه، وصنع فيه بيوت أخصاص على قدْر طاقته، ثم إن الذي وقع له تفويتُ بعض ما بيده أراد نقض قسمة القرعة من أصلها لغرض ظهر له لا لفسادها شرعا، فلمَّا لم يجد مُتَمَسَّكا رجع إلى التعلق بالقسمة الأولى. **فأجابه صاحباه** بأنك قد أفتَّ ما بيدك لبيعك إياه ببعض نصيب شريكك وبيع شريكك بعض نصيبه بنصيبك، فقد خرج عن يدك، وخروج الفاسد عن اليد مفيت له، وبدِّلَ منها

(*) في الأصل : دارهم، ولعله سهو نسخي في الخط والكتابة للكلمة، والمراد المناسب للسياق والمسألة : دراهم، لأن الدراهم في معنى المثاقيل المذكورة في المسألة، وهي نوع معروف من العملة كان يتعامل بها قبل وقتنا الحاضر، كما أن كلمة المثقال تطلق على ما يوزن به في الميزان، ومن هذا المعنى قول الله تعالى : ﴿ **ونضع الموازين القسط ليوم القيامة فلا تُظلم نفسٌ شيئا، وإن كان مثقالُ حبّة من خردل أتينا بها وكفى بنا حاسبين** ﴾. س. الأنبياء. 47.

ثلثٌ بالمراضاة الكائنة بعد القرعة، والمراضاة بيع كما لا يخفى، فهل ما أجابه به شريكاه يُسمع منها شرعا؟.

فأجاب : الجواب بتوفيق الله، إذا ثبت ما ادعاه الصاحبان بإقرار المدعي بما ذُكر أو ببينة قامت عليه بذلك كان جوابهما مقبولا شرعا، إذ المراضاة بيعٌ، **لقول اللخمي وابن رشد: لا خلاف أنها بيع. وقال في المقصد المحمود: والأظهرُ أنها بيع من البيوع الخ.**

وإذا كان كذلك فقد فات بالمراضاة ما بيد المدعي وذلك خروج عن اليد، والخروج عن اليد من المفوتات؛ قال في المختصر –عطفا على ما يفوت البيع الفاسد –: «وخروج عن يد» –[9]. **قال الأجهوري**: بِبَيْعٍ أو هبة أو حُبُسٍ.. الخ). **لا يقال**: إن القُرعة تمييزُ حق وليست ببيع، **لأنا نقول: القُرعة من العقود الشرعية التي يتعلق بها الفسخ كما تتعلق بها الصحة ويعتريها الفوات؛ على أن ظاهر كلام صاحب المعين أن القرعة بيع، قال فيه ما نصه:**

مسألة؛ القسمة عند مالك رحمه الله بيع من البيوع. وقال بعض أصحابه: إنها تمييز حق، وقال التتائي عند قول المختصر: «وقُرعة وهي تمييز حق»[10] ما نصه: ولمالك : هي بيع، وصوَّبه اللخمي. **وقال ابن عرفة**: الصواب أنها بيعٌ لا تمييزُ حق كما في نقل الحطاب، وحينئذ فلا إشكال.

ثم إن منع زيادة الدراهم في القرعة إما أن يكون مختلَفا فيه أو متفقا عليه، فإن كان الأول مضتْ القسمة ولا إشكال، وإن كان الثاني ضمن كلٌّ قيمة نصيبه يوم قبضه، **قال في المختصر**: «فإن فات مضى المختلف فيه وإلا

ص 373

(9) وذلك في آخر فصل أحكام البيع بشرط الخيار، المشار إلى أوله في الهامش 4، وفي سياق ما يفوت به البيع الفاسد.
والمعنى: أنه يفوت المبيع بيعا فاسدا بخروج المبيع عن يد المشتري وحوزه ببيع صحيح أو هبة أو صدقة أو تحبيس عن نفس المشتري. .الخ.

(10) سبقت الإشارة إلى هذه العبارة في أول باب القسمة في الهامش1.

ضمن قيمته حينئذ»(11) والله سبحانه أعلم، قاله وكتبه أحمد بن المعطي الشرقاوي.

الحمد لله؛ الجواب أعلاه من كون المقتسمين ثانيا قسما ما صار لهما أو لا بالقرعة ثم تراضيا بعد ذلك على أن أبدل كل منهما نصيبه بنصيب صاحبه وخرج نصيبُ كل منهما من يده، وذلك من المفوتات التي يفوت بها البيع الفاسد، وإذا كانت القسمة الواقعة أوّلاً بالقرعة فاسدة من أجل التراجع -وهي بيع تجري أحكام البيع عليها- فلا سبيل إلى فسخها حينئذ كما ذكره المجيب فوقه، وجوابه صحيح، وكذا البناء إذا وقع في الأرض المقسومة كما أشار إليه الشيخ خليل في المختصر بقوله: «وغرس وبناء عظيمَيْ المؤنة»(12)، **قال التتائي في شرحه**: بأن كان محيطا بها وإن كان أكثرُها بياضا.(هـ). وكتب المحجوب بن الحرار المصلي لطف به، ثم ثالث ورابع.

---

(11) وذلك في فصل أحكام البيع بشرط الخيار أيضا، كما سبقت الإشارة إلى هذه العبارة في تعليق من نوازل البيوع.
والمعنى أنه إن فات المبيع فاسدا بيد مشتريه فلا يُرد لبائعه، ومضى وصح البيع المختلَف في صحته وعدمها بالثمن الذي بيع به، كالسَّلَم في ثمر حائط معيَّن بعد زهوه بشرط أخذه ثمرا، فيفوت بقبضه، وإن لم يكن البيع الفاسد الذي فات مختلفا فيه بأن كان مُجْمَعا على فساده ضمن المشتري قيمته معتبرة حينئذ حين القبض، كما تقدم للمصنف في باب الجمعة، وهذا مذهب المدونة، وهو المشهور، وعليه درج ابن الحاجب، وهو أيضا أكثري، إذ قد تُعتبر القيمة يوم البيع كما ذكر المختصر هنا في قوله: وفي بيعه، أي المبيع فاسدا قبل قبضه مطلقا تأويلان، من أنه على القول بالفوات تُعتبر قيمته يوم بيعه. .الخ.

(12) وذلك في آخر الفصل المشار إليه في الهامش9، 11 من نوازل هذا الباب.
والمعنى: وفات المبيع بيعا فاسدا للأرض مثلا بسبب غرس لشجر فيها، وبناء كذلك، عظيمَيْ المؤونة (أي الغرس والبناء)، والقلْعُ كالغرس، والهدمُ كالبناء، ومحل إفاتة الغرس والبناء للأرض حالة البيع الفاسد فيها إذا عمها كلَّها أو مُعْظَمها أو أحاط بها كلها. فإذا كان فيما دون جلها، فهو ما أشار إليه المصنف بعد هذه العبارة مباشرة بقوله: «وفاتت بهما جهة هي الربع فقط»، أي فاتت بأحدهما جهة، هي الربع أو الثلث أو النصف عند أبي الحسن، وابن رشد، **ونصه**: وإذا كان الغرس بناحية منها، وجلها لا غرس فيه وجب أن يفوت منها ما غرس، ويفسخ البيع في سائرها، إذ لا ضرر على البائع في ذلك إذا كان المغروس منها يسيرا، كما لو استُحقّ من المشتري في البيع الصحيح لزمه الباقي، وقد قال المصنف في هذا الصدد، ورُدَّ المبيع بحصته إلا أن يكون الأكثر، ثم قال: وتلَفُ بعضه أو استحقاقُه كعيب به.
وقوله: فقط، راجع للجهة، أي لا للجميع، فلم يحترز به عن الثلث والنصف. .الخ.

فطولع بما سطروه السجلماسي فكتب بمحوله:

الحمد لله، ليس في الجواب بالمحوَّل ولا في التصحيحات نص صريح في عين النازلة يمنع من نقض القسمة الأولى الفاسدة، **بل نقولُ:** لا يلزَمُ من فوات البيع الفاسد بالبيع الصحيح بعده فوات القسمة المسؤول عنها بما أحدثه الشركاء بعدها من مراضاة ومبادلة وإن قيل في ذلك كله إنه بيع من البيوع، لأن العلة التي وقع الفَوْتُ لأجلها بالخروج من اليد – وهي تعلق حق الغير الذي لا دخول له في العقد الفاسد – منتفية هنا، لكون الحظوظ التي أُحدث فيها ذلك لم تخرج عن أيدي المقتسمين القسمة الفاسدة إلى غيرهم، **وقد قال الشيخ أبو الفضل راشد رحمه الله – بعد ذكره فوات البيع الفاسد بالبيع الصحيح – ما نصه:** وذلك لتعلق حق المشتري به الذي لا علم عنده بفساده ما طرأ عليه من فساد معاملة غيره، **ولهذا يقال:** المشتري لسلعة شراء فاسدا، إذا باعها من بائعه نفسه بيعا صحيحا فلا تفوت بذلك، لأن لكل واحد من المتبايعين أن يقوم على صاحبه بنقض ما عقداه عقدا فاسدا، ما لم يتعلق بذلك حق غيرهما، وهذا مذهب أبي إسحاق وهو ظاهر المدونة.

ثم قال الشيخ المذكور: إذا لم يتعلَّق بذلك حق غير المتعاقدين، أو تعَلَّقَ ثم سقط فعاد إلى ملك بائعه بوجهٍ ما، كان لمن شاء منهما أن يقوم بنقض البيع الفاسد؛ **ولذلك يقال:** إنها متى رجعت إلى ملك المشتري من يد بائعها منه بشراء أو أو إرث أو هبة وشبه ذلك فعليه ردُّها على بائعها بسبب العقد الفاسد الأول(هـ).

ص 374

ومُراد الشيخ بقوله : (الذي لا علم عنده) من لا دخول له في العقد الفاسد كما يظهر من قوة كلامه، ولا يتناول الجاهل بالحكم من عاقدي العقد الفاسد، **لقول ابن سهل آخر المسائل التي لا يُعذر فيها بالجهالة ما نصه:** والبيوعُ الفاسدة حكم الجاهل فيها حكم العامد في جميع الوجوه.(هـ)؛ ولقول ابن رشد: القادم على حرام متعمدا عاص، لتهاونه بالوعيد، والجاهلُ

عاص، لأن عليه أن يتوقف حتى يسأل، وكما يقال للعالم: لِمَ لَمْ تعمل بما علمت؟ كذلك يقال للجاهل: لِمَ لَمْ تسأل عما لم تعلم(هـ) بخ.

فظهر بما قدمناه الفرق بين القسمة هنا وبين البيع للأجنبي، وبظهوره يمنع إلحاقها به.

قال ابن مرزوق في (الروض البهيج في مسائل الخليج):

ومع ظهور الفرق، أي بين الملحَق والملحق به، يمتنع الإلحاق، إلا ببيان إلغاء الفارق.

ثم نقول أيضا: في اقتصار الشيوخ على التمثيل للخروج من اليد بالبيع والصدقة والهبة إشعارٌ بأن القسمة ليست مثلها في تفويت البيع الفاسد؛ وتسميتهُم خصوصا قسمة المراضاة بيعا لا يوجب مُساواتها له في كل ما يترتب عليه من الأمور التي من جملتها تصحيح العقود الفاسدة قبله، لأنا وجدنا بعض ما يسمى بيعا يخالف البيع في بعض الأحكام؛ من ذلك قسمة المراضاة نفسها أجازوا فيها ما هو ممنوع في البيع من التفاضل في الطعام الربوي.

ففي مسألة القفيز المذكورة في المختصر(*) **وغيره جواز** بيع أحد الشريكين نصيبه من ثلث الطعام بنصيب الآخر من الثلين؛ **قال ابن راشد**: وهذا ينافي كونها أي المراضاة بيعا مَحضا(هـ).

(*) وذلك قوله في أثناء باب القسمة: «وفي قفيز أخْذُ أحْدهما ثُلثيْه، والآخر ثُلُثه، لا إن زاد عينا أو كيلا لدناءة. إلخ». (والقفيز: نوع من المكيال، كالأردبِّ).

والمعنى: وجاز أخذ أحد الشريكيْن في القفيز ثلثيه والآخر ثلثه بقسمة المراضاة، إذ غايتُه أنّ آخذ الثلث أخذ بعض حقه، ووهب لشريكه السدس تمام النصف الذي كان يستحقه، لا يجوز القسْم لمشترَك ربَوي كعين أو طعام مختلف بالجودة والرداءة على أخذ أحدهما الجيد، والآخر الرديء إن زاد أحد المقتسميْن، وهو آخذ الجيد، عينا من دراهم أو دنانير لآخذ الرديء لخروجهما عن المعروف بدوَران الفضل من الجانبين، وكذا إن زاد آخذ الجيد كيلا في قسمة طعامين: جيّد ورديء لدناءة في قسْم المزيد له، كإرْدبّ قمْح جيد وإردَبِّيْ قمْح رديء ياخذ هذا الجيد، وهذا الرديء، فلا يجوز ذلك. إلخ.

ومن ذلك المناقَلة بالشقص من العقار، نصَّ المتيطي وصاحبُ التنبيهات وغيرُهما على أن العمل والقضاء بنفي الشفعة فيه، مع أن المناقلة بيع كما لا يخفى.

إذا ثبت هذا عُلم أنه لا دليل للمجيب حوله فيما نقل من كلام الأئمة، لأنه في قوة ضرْب عقيم من الشكل الأول، وهو: المراضاة بيع من البيوع، والبيعُ مفيت للعقد الفاسد قبله، فالكبرى مُهمَلة في قوة الجزئية»[13]، إذ ليس في كلامه ما يدل على كليتها، وبتقدير أن لو كان ذلك فيه لنقضناها بنص ابن راشد السابق.

وبالجملة، القسمةُ الأولى مُوجب نقضها – وهو فسادها – مُحقَّق، وموجب تصحيحها معدوم أو مشكوك فيه، وإنما يُحْكَم بالمحقَّق.

ففي أحكام ابن سهل: أجمع العلماء على أنه لا يجوز للقاضي أن يقضي لأحد بأمر مشكوك فيه إلا بما يتحقق صحته ويعتقد أنه الحق.(هـ).

ثم فسخ الفاسد، فيه حق الله تعالى، إذا أُنْهِيَ الأمر إلى القاضي وجب ذلك عليه ولو لم يقم واحد فيه من المتعاقدين؛

قال الإمام المازري في جواب له نقله عنه في المعيار ما نصه: والعقود الفاسدة من المنكر الذي يجب أن يُغَيَّرَ، وتغيير المنكَر من أهم أمور الشرع، وفي هذا كفاية، وبالله التوفيق(هـ).

ص 375

وسئل أيضا عن القسمتين حوله، هلْ هُما واقعتان على الوجه الشرعي بحيث لا يجد من يريد فسخها سبيلا إلى ذلك أم لا؟

فأجاب : والله الموفق للصواب، بأنَّ كل واحدة من القسمتين وقعت على غير ما أذنَ الشرع فيه؛ فموجب الفسخ موجود فيهما لمن رُفعت إليه

(13) كلمات ومصطلحات تتصل بعلم المنطق، وبمباحث الأشكال والقضايا منه، يراجع في شأنها وبيانها متْنُ ايساغوجي لمؤلفه أثير الدين المفضل بن عمر الأبهري ت 630 هـ. وكذا نظم السلم للشيخ العلامة الأخضري، وشرحه للشيخ العلامة حسن بن درويش القويسني، رحم الله الجميع.

قضيتهما من الحكام؛ أما القسمة الأولى وهي قسمة الأملاك ففيها من جهة الفقه إغفالٌ، ومن جهة الحساب وكَتْب الوثيقة غلطٌ واختلال.

أما الإغفال فمن حيث إن القاضي قَسَمَ الأملاك قبل إثبات ملكيتها للموروث ولمن بعده إلى أن خلُص الملك للمقسوم عليهم وقبل أن تُعين له بحيازة الشهود لها، وقد نص غير واحد من الموثقين والأئمة المحققين على أن من الواجب على القاضي أن لا يجيب الطالبين القَسْمَ من الورثة حتى يُثبتوا عنده ذلك، **قاله ابن سلمون عن الواضحة، ونحوه في المفيد عن الواضحة أيضا، وذكره المتيطي وابن فرحون**، ولا يمكن الاستغناء هنا عن إثبات ما ذكر بتقارر الورثة عليه على ما ذهب إليه ابن عبد البر لكون الورثة، فيهم صغار لا يتأتّى التقارُرُ منهم، وفيهم امرأة غائبة لم تُذكر فيمن طلب القسمة لا بنفسها ولا بوكيلها، وهي فاطمة بنت عيسى.

فقد ظهر لك بما قدمناه من نص الواضحة أن قَسْمَ القاضي قبل إثبات الموجبات لا يجوز، بل هو منهي عنه، والنهي يقتضي الفساد، والفاسد يفسخ، هذا كله إذا كان الصغير والكبير والغائبة من أهل ولاية القاضي القاسم، وأما إن كانا من أهل ولاية قاض آخر فالفسخُ أوضح، وقد أخبرني السائل أن البلد الذي فيه استقرار المرأة المذكورة والأيتام لا نظر لهذا القاضي فيه، وأن قاضيهم مستقلٌّ مُوَلًّى من قبل السلطان نصره الله، وإذا كان كذلك لم تصحَّ القسمة، لأنه لا يَقْسم على الغائب والصغير إلا القاضي. والمرادُ به قاضي بلد المقسوم عليهم لا غيره من القضاة، **بدليل ما في المعيار عن اليزناسني أن الإجماع على أنه لا يمضي تقديمُ القاضي على محجور ليس في عمله.** (هـ). فكما لا يُقَدِّمُ عليه كذلك لا يقاسم عنه، والغائب من غير محله كذلك، وهو واضح الخ، أنظر تمامه في نوازله، أعني العلامة المحقق النوازلي سيدي محمد بن أبي القاسم السلجماسي رحمه الله.

قلت: قال في المعيار: حكى بعضهم إجماع مالك وأصحابه أنه لا يجوز للقاضي أن يأذن للورثة في القسمة حتى يُثبتوا أصل الملك

لموروثهم، واستمراره، ويحُوزونه، والموت، والوراثة، وبه جرى الحكم عند شيوخ قرطبة وطليطلة(هـ).

وسئل السلجماسي أيضا عن إخوة ثلاثة، لهم بلاد اقتسموها بينهم قبل هذا الوقت بمدة تزيد على ثلاثين سنة، وكان كل واحد يتصرف في حظه منها المدة المذكورة، ثم مات واحد منهم فقام أولاده يريدون معاودة القسمة، وادعوا الغبن فيما كان بيد والدهم، فهل لهم ذلك أم لا؟

ص 376

فأجاب : الحمد لله؛ ليس لأولاد الهالك المذكور نقضُ القسمة التي كان عقَد والدهم مع أخويه بسبب غبن ولا غيره، هذا إذا أقروا بالقسمة ووقوعها في الوقت المذكور، وكذا إذا أنكروا وشهدت بها البينة ولا إشكال، وإن أنكروا ولم تقُم بينة بمعاينة القسمة وشهدت باختصاص كل واحد من الإخوة بالتصرف في جهة فإن القول مع هذه المَدة الطويلة قولُ مدعي القسمة وهما الإخوان، نص على ذلك الشيخ أبو الحسن، وبالله التوفيق(هـ).

وفي نوازل الزياتي : سئل سيدي سليمان الشدادي عن أملاك قسمت بالقرعة، ثم ظهر غبن في بعض الأنصباء بما ينيف على الثلث، فهل يقام بالغبن أم لا؟

فأجاب : إذا قام صاحب الغبن بغبنه داخل السنة، وكان الغبن بالثلث فأكثر، فُسخ القسْمُ وأُعيد ثانيا، والله أعلم.

وكنتُ قيَّدتُ عقبه ما نصه:

قَسْم القرعة يقام فيه بالغبن كما أشار إليه المجيب، ولاكن لم أقف في ابن سلمون والفشتالي وشرح التحفة على تحديد الغبن بالثلث كما قال المجيب أعلاه، بل رأيتهم أطلقوا في ذلك، وإنما وقفتُ على هذا التحديد بالغبن المقوم به في البيع، **اللهم إلا أن يقال** : إن القسمة بيعٌ من البيوع فتجري عليها أحكامه، لاكن الذي استظهره ابن رشد في قسمة القرعة أنها تمييزُ حق، أُنْظُرْهُ في ابن سلمون. فالظاهر أن له القيام بالغبن في هذه القسمة مطلقا، والله أعلم، قيدته هنا لنعيد نظرا في المسألة وبحثا عن حكم الله فيها.(هـ).

قلت : هو قُصُورٌ، فقد سئل المحقق السجلماسي عن ثلاثة رجال قسموا أرضا بينهم أثلاثا؛ قسمها لهم رجلان من أهل صنعة البناء تراضوا عليهما وحاز كل واحد نصيبه، فظهر لأحدهم نقص في نصيبه، فهل له الرجوع بما ذكر من النقص ونقض القسمة أم لا؟، وإن قلتم بالرجوع فهل يكفي مجرد ظهور النقص أم لابد من نقص الثلث؟، وهل ما وقع بينهم من التراضي على من قسم لهم الأرض لازم أم لا لظهور الخطأ في القسْم؟.

فأجاب : إن من ظهر النقص في نصيبه ولو بدون الثلث له الكلام في نقض القسمة، ولا يمنعه تقدُّمُ رضاه، لأنه إنما دخل على أن يعيَّن له في القسمة جميعُ حظه، **قال في المدونة** : وإن ادعى أحد الشركاء بعد القسم غلطا مضى القسم، ويحلف المنكر، إلا أن تقوم للمدعي بينة أو يتفاحش الغلط فيُنْقَضُ(هـ) .

قال ابن ناجي: ومعنى قوله (إلا أن يقيم بينة) أي من أهل المعرفة، يقولون : في هذه المسألة تغابُنٌ أو تفاحُشٌ، فالتفاحش هو أن يكون الغبن الثلث، وما قبله، – يعني قبل التفاحش – أن يكون دونه أي دون الثلث، وعزاه عياض لها ولأشهب وابن حبيب(هـ) .

وقال الحطاب عند قول الشيخ كالمراضاة: إنْ أدخلا مُقَوِّمًا فيما نقل عن أبي عمران : إن أدخلوا بينهم مَن يُقَوِّم لهم ثم ظهر فيها الغبن فُسخت القسمة، لأنا وإن سميناه تراضيا فلم يدخلوا فيه إلا على التساوي(هـ) . ص 377
وذكر في التنبيهات تعليل نقض القسمة فقال: لأنه خطأ في الحكم يجب فسخه، ولا فرق فيه بين القليل والكثير .(هـ). وبالله التوفيق.

وفي جواب له أيضا ما نصه :

وكما يحكم الحاكم بالشفعة على الغائب كذلك يَقسم عليه وعلى المُلدِّ من الشركاء إذا ادعى شريك للقسمة، ويقيم –أعني الحاكم– وكيلا لمن لم يحضر يقبض نصيبه له؛ أما القسْمُ على الغائب فهو حتى في متن المختصر

في قولـه: «كـقاض عن غـائب»»(13م) **وأمـا الـقـسـم على الملـد الممـتنـع فـقال ابن فرحون**: قال ابن لبابة وابن وليد وابن غالب: إذا توارى أحد الشركاء عن الحضور للقسمة، وظهر ذلك للقاضي باتصال تواريه أو طول التردد في طلبه لحضور ذلك فلم يحضر، أمر القاضي **قاسما** يرضاه - ورجلين - يقبل شهادتَهُما على الشريكين يحضران القسمة، **ووكيلا** يقيمه للغائب وكالة شهد له القاضي بها، ويذكر في كتاب القسم المعنى الذي وَكَّله لأجله من ثبوت التواري عنده، فما حصل للغائب قبضه وكيله وكان قبضه له بأمر القاضي كقبضه لنفسه لو كان حاضرا، انتهى.

ونقله صاحب المعيار أيضا، وأصلُه في أحكام ابن سهل،

ولا يشترط فيمن يوكله القاضي أن يكون من أوليائه كما يظهر من النص المتقدم، وبالله التوفيق. (هـ).

وفي المعيار: سئل ابن أبي جعفر عن رجل تصدق على بنيه وهم مالكون أمرهم بصدقة مقبوضة، واستثنى لنفسه ثلاثة أعشار ثمنها وقبلها البنون منه، وذهبوا إلى قسمتها، ويعطي كل واحد منهم ما يلزمه من المستثنَى، ومنعهم المتصدق من ذلك، فهل لهم ما ذهبوا إليه أم لا؟.

فأجاب: لهم القسمة، وله استثناؤه، ولا يتعارضان.

وأجاب ابن رشد وابن الحاج فقالا: لَهُم ما ذهبوا إليه من ذلك، ويكون استثناؤه باقيا في حظ كل واحد منهم ما ينوبه على قدْره.

(13م) وذلك في آخر باب القسمة، والتشبيه في جواز القسمة عن الغير، المشار إليه بقول المختصر: «وقسَمَ عن صغير، أبٌ أو وصي، وملتقط، كقاض عن غائب».
وبيان العبارة أنه إن أراد الشركاء قسم المشترك بينهم، وفيهم صغير قسم عن الصغير أب له مسلم، لأنه وليه، ومفهوم الصغير أن الأب لا يقسم عن ابنه البالغ الغائب، أو وصيٌّ من الأب، أو مُقدم من القاضي على يتيم لا وصي له، وملتقط عن لقيطه، كما يقسم قاض عن رشيد غائب، فيجوز قسمه عنه إن طلبه شركاؤه، **ففي المدونة**: لابن القاسم: إذا ورث قوم شقص دار والشريك غائب فأحبوا القسْم، فالقاضي يلي ذلك على الغائب ويعزل حظه.

وسئل ابن زرب عمن بنى في دار مشتركة بينه وبين غيره.

فأجاب : إن كانت تحمل القسمة قسمت، فإن وقع البنيان في نصيب الباني فقد أخذ بنيانه، وإن وقع في نصيب صاحبه أعطاه قيمته منقوضا.

وسئل فقهاء قرطبة عن خصام وقع بين أبي عامر وولد أخيه حرام في قسمة كرم كان بينهما، وذلك أن أحدهما غاب فقسم القاضي بينه وبين الحاضر، فزين الحاضر نصيبه وضيَّعَ نصيب الغائب، فلما قدم أراد نقض القسمة وأباه الآخر، فترافعا إلى القاضي فشاور لهما العلماء.

فأجاب ابن سهل وابن فرج بنقض القسمة حين ظهر فيها ما أوجبه من الغبن وثبتَ.

ص 378 **وأجاب ابن حمدين بإمضائها وأن لا يتعرض لها.**

واحتجَّ الأولان بقوله في المدونة: وليس قسْمُ القاسم بمنزلة حكم القاضي، فقال لهما ابن حمدين: نعم، إذا لم يحكم القاضي بقسم القاسم، وفي مسألتنا قد حكم بقسمه فصار حكم قاض لا قَسْمَ قاسم، إلى أن قال: ولم تنقض القسمة. أُنظره.

وسئل ابن الحاج عن أملاك بين أيتام قسمت بينهم بغير قرعة ولا تعديل.

فأجاب : ذلك جائز إذا ثبت السَّداد في القسمة، وهي مسألة ابن إسماعيل من اشبيلية، ولو قسم بينهم بالقرعة بعد التعديل والتحديد لكان أحسن، وإن كان يخرج في القسمة الأولى عن موضع إلى آخر فهو نظر له، لأن الوصيَّ لو باع عليه نصيبه من الأصل لكان ينبغي أن يبتاع له آخر، فإخراجُه إياه عن الموضع إلى الآخر بالقسمة كأنه قد ابتاعه له.

وسئل فقهاء قرطبة عن كرم بين رجلين أراد أحدهما لما طابت ثمرته أن يبيع نصيبه، وأراد الآخر أن يأكل نصيبه.

فأجاب ابن مالك بأنه يقسم بينهما بالخرص، وأجاب ابن عَتَّاب وابنُ القطان بأنه لا يقسم بينهما، ولابد أن يجتمعا على البيع أو يبيع أحدهما من صاحبه، فكان ابن مالك ينكر هذا، وكان ابن القطان ينكر على ابن مالك جوابه.

وسئل سعيد بن حسان عن الرجل يقلب أرضا بينه وبين أشراكه جميعا أو بعضها ثم يقسم، هل يُقضى له على الشركاء بقيمة عمله؟، وكيف لو زبلها أيضا ثم قسمت، هل له قيمة زبله وعمله؟، وكيف لو استحقها مستحِق، هل يقضى عليه بذلك أم لا؟.

فأجاب : **أما في الوارث** مع ورثته فلا شيء له في القلب ولا في الزبل. وأما المستحِق فيقضى له عليه بقيمة عمله وزبله.

وسئل أبو الحسن الصغير عمن توفي وخلَّف زوجة وابنة وأمة وثلاثة إخوة، وخلف أرضا فلم يقسمها الورثة حتى ناقل أحدُ الإخوة الثلاثة بقطعة منها رجلا أجنبيا، فصار الأجنبي يتصرف في القطعة بالغرس، فقامت الإبنة بقرب المناقلة فوكَّلت زوجها يستحق ويأخذ بالشفعة، فمنعه الرجل من ذلك ظلما، إذ هو ممن لا تناله الأحكام، وكانت الزوجة غافلة إلى أن ماتت عن ورثة، فهل تجب لهم الشفعة أم لا؟، وإذا وجبت فكيف تكون قيمة الغرس، أقائما أو منقوضا؟.

فأجاب : إذا قامتْ المرأةُ أو وكيلُها داخل السنة من وقت علمها بالمناقلة المذكورة، فلم تقدر على الانتصاف من المبتاع للقطعة المذكورة، فلورثتها الآن أخذ حظها بالاستحقاق والشفعة في باقيها بما ينوبه من قيمة غرسها يوم المناقلة المذكورة، كل ذلك إن صح ما ذكرتم، وبالله التوفيق لا شريك له(هـ).

قال صاحب المعيار بعد نقله: لم يتكلم الشيخ رحمه الله على قول السائل: وإذا وجبت فكيف تكون قيمة الغرس الخ؟،

والفقه في المسألة التفصيل بين علم المشتري وعدم علمه، فإن علم بأن البائع باع ملكه وملك غيره فالواجبُ بعد الاستحقاق والأخذ بالشفعة قيمة الغرس منقوضا، وإلا فقائما، والله سبحانه أعلم.

ص379 **وسئل ابن رشد عمن استحق شقصا من دار أو من قاعتها أو كانت دار بين شريكين يسكنها أحدهما منفردا**، فذهب المستحِق أو الشريك إلى إخلائها حتى يقسم، فقال الساكن فيها: قم الآن تقسم معي دون تأخير ولا تأن، فإذا انقسمت نقلتُ جميع ثقلي وأثاثي إلى سهمي منها، وقد كان تقدم بإقرار منهما وأثبت أن الدار تنقسم بلا ضرر، والشريك يأبى إلا الإخلاء حتى تنقسم، بين لنا وجه الحكم في ذلك؟.

فأجاب : إذا انقسمت الدار دون أن تُخْلَى من غير مُؤنة، وكان ذلك ينقضي من ساعته، أو إلى الحد الذي يؤجَّل إليه في الإخلاء إذا وجب، فلا يجب إخلاؤها.

وسئل الأستاذ أبو سعيد بن لب عن فُندق بين رجلين في خربة يحده من جهاته الأربع جنات وطريق وليس فيه علو، وإنما فيه بيوت وسقائف للدواب، وهو بين الرجلين بالسواء، فذهب أحدهما إلى قسمته وامتنع الآخر من ذلك وقال: إن في قسمته ضررا، فهل يُجْبَر الممتنع من القسمة عليها أم لا؟.

فأجاب : يجبر على القسمة من أباها إذا طلبها أحدُ الشريكين، إلا أن يُثبت أن القسمة في الفندق تعود بالضرر، فإن ثبت ذلك بوقوف أهل البصر وشهادتهم مُنع منها على مذهب ابن القاسم، وبه جرى العمل، قاله فرج(هـ).

وسئل الأستاذ أبو عبد الله الحفار عن أصل شجرة من التوت كان على ثلاثة أفراع بين ثلاثة أشخاص، فاقتسموها فرعا فرعا، فهلك الفرعان بالريح وبقي الواحد، فأراد صاحبا الفرعين اللذين هلكا أن يشتركا معه في الفرع

الأصل، إذ الأصل واحد، وذلك الفرع تقوّى لما هلك الفرعان وعظم، فهل تصح تلك القسمة أم لا؟.

فأجاب : وقفتُ على السؤال حوله، وقِسْمةُ الشجرة بين الشركاء فيها إذا اقتسموها بالأفراع إنما يكون قسمة اغتلال خاصة، وأما قسمة الملك فلا، بل الشجرة بينهم، وما بقي من فروعها فهو بينهم، فما ذهب من أفراعها بينهم وما بقي من فروعها بينهم، ولو بقي فرع واحد فهو بينهم كما كانت الشجرة، والسلام على من يقف عليه من محمد الحفار(هـ).

وسئل النالي عن نحو المسألة.

فأجاب : **بأن أبا ابراهيم سئل عنها**، إلا أن نصف الشجرة للمسجد ونصفها لرجل.

فأجاب : هذه قسمة غير جائزة، طال زمانُهَا أم قَصُر، وما ذهب من الشجرة فبينهما جميعا مصيبته، وما بقي بينهما مشترك فيه أيضا بين المسجد وبين الذي له فيها النصف إن شاء الله.(هـ).

وفي نوازل العلمي والزياتي: سئل أبو عبد الله سيدي محمد بن الحسن إبن عرضون عمن تخدُم من نساء البوادي خدمة الرجال من الحصاد والدراس وغير ذلك، فهل لهن حق في الزرع بعد وفاة الزوج لأجل خدمتهن أو ليس لهن إلا الميراث؟.

ص380 **فأجاب** : الذي أجاب به الشيخ القوري مفتي الحضرة الإدريسية شيخَ الإمام ابن غازي أن الزرع يقسم على رؤوس من نتج عن خدمتهم؛ زاد عليه مفتي البلاد الغمارية؛ جدُّنا سيدي أبو القاسم بن خجو: على قدر خدمتهم وبحسبها من اتفاقهم، وزدت – أنا لله عبدٌ –: بعد مراعاة الأرض والبقر والآلة، فإن كانوا متساوين فيها أيضا فلا كلام، وإن كانت لواحد حسب له ذلك، والله تعالى أعلم.

وأجاب سيدي أحمد البعل عن نحو المسألة: لم أزل أستثقل القسمة على الرؤوس في هذا المعنى الذي ذكرت، إذ هي خارجة عن الأصول، إذ الأصل في ذلك أن الغلة تابعة لأصولها، فمن له شيء في الأصل أخذ غلته بحسبه من القلة والكثرة، إلا ما استثناه الشرع وأباحه لنا من المساقاة بشروطها العديدة، وهي في هذه المسألة مفقودة، ويلزم عليها أمور محذورة بالشرع، وكان القياس أن من ليس له شيء في الأصل أن لا يأخذ إلا أجرته على حسب خدمته، لاكن جرى العمل في جبالنا هذه من فقهائنا المتقدمين بقسمة ذلك على الرؤوس ممن له قدرة على الخدمة؛ ومن لا خدمة له فلا شيء له .(هـ).

وسئل سيدي يحيى السراج عن نساء البادية اللاتي يحصدن ويدرسن ونحو ذلك. هل لهن حظ في الزرع؟.

فأجاب : بأنه لا شيء لهن.

وسئل أيضا عن ورثة ورثوا أصولا وغيرها وكان لهم أولادٌ يخدمون معهم الأصول. فلما أرادوا القسمة قال بعضهم: أما الأصول فنقسمها على عدد رؤوسنا مَعْشَرَ الإخوة، وأما غلاَّتها فنقسمها على عددنا لكونهم يخدمون ويجمعون معنا، فهل لهذا القائل ما زعم؟، فإن قلتم بعدم زعمه فهل للأولاد أجرة عمله أم لا؟.

فأجاب بأن الأصول تُقسم على عدد رؤوس الإخوة إن كانوا كلهم ذكورا، وكذا الغلة على عدد الإخوة أيضا، وأما الأولاد فلا شيء لهم من الغلة كما لا شيء لهم من الأصول، وأما الأجرة فلا شيء لهم منها أيضا، إذ لم تجر عادة بأخذ أولاد الأولاد أجرة في ذلك، ولو قدَّرْنا أن عادتهم دفع الأجرة في ذلك لكانت لهم الأجرة.

وسئل بعضهم عن مسألة في هذه الجبال جبال غمارة وما والاها، إذا هلك هالكهم يزعمون أن تركته من الزرع خاصة تُقسم على رؤوس كل من

له خدمة في الدار، هل لهذا وجه في الشرع أم لا؟، وإن كان فهل غلة الزيتون والعنب والتين كذلك أم لا؟.

فأجاب : قال سيدي أحمد البعل رحمه الله: جرى العملُ في جبالنا هذه من الفقهاء المتقدمين بقسمة ذلك على الرؤوس ممن له على الخدمة قدرة، ومن لا خدمة له لا شيء له، **قال شيخنا العلامة سيدي العربي**: المشهورُ في زماننا ما صحبه العمل، **قال العلامة الإمام سيدي محمد بن الحسن بن عرضون رحمه الله** ناقلا عن فتوى الإمام القوري: إن الزرع يُقسم على رؤوس من نتج عن خدمتهم، زاد عليه مفتي البلاد الغمارية جدنا أي للأم سيدي أبو القاسم بن خجو: على قدر خدمتهم وبحسبها من اتفاق أو اختلاف، **قال** : وزدت **أنا لله عبد**: وبعد مراعاة الأرض والبقر والآلة؛ فإن كانوا متساوين فيها أيضا فلا كلام، وإن كانت لواحد حُسِبَ له ذلك، والله أعلم. ولا فرق في ذلك بين الزرع والزيتون والعنب لكون السؤال وقع عن العنب وغيره، ولا بين من تعاطى خدمة، وغيرُه يتعاطى أخرى، لجريهم في ذلك مجرى المفاوضة، وجرى الحكم من أشياخنا بإعطاء من بلغ عشرة أعوام، لقوة المظنة في تعاطي أولاد البوادي الخدمة ومَقَامِهِم مقام غيرهم من الرجال.

ص381

وقد استشكل شيخنا سيدي أحمد البعل هذه الفتوى لجريها على غير أصول المذهب، اقتداء بفتوى شيخه سيدي يحيى السراج، ولاكن لا يقدح الإشكال في هذه النازلة اقتداء بمن مضى، فقد وقع للإمام ابن عَتَّاب وابن رشد وابن سهل وابن زرب وابن العربي ونظرائهم اختياراتٌ وتصحيحاتٌ لبعض الروايات والأقوال عدَلوا فيها عن المشهور، وجرى باختيارهم عملُ الحكم والفُتيا، لما اقتضته المصلحة وجرى به العرف، **والأحكام تجري مع العرف والعادة، قاله القرافي في القواعد، وابن رُشَيْد في رحلته.(هـ)**.

وتعقَّبَهُ الولي الصالح سيدي عبد القادر الفاسي فقال:

الحمد لله، وصلى الله على سيدنا محمد وآله.

إعلم أنه لا خفاء في صحة المنقول بالحول عن الإمام الونشريسي والإمام السراج ومن حذا حذوهما ومكانتهما في العلم، وهو الذي يجب أن يُعتمد عليه ويُدانُ اللهُ به، وخلافُهُ تحريفٌ وحَيْدٌ عن الشريعة وخرْقٌ لأصولها، وفرائضُ الله تعالى قد قسمها بنفسه فلم يبق فيها نظر ولا اختيار، وعقُود الشريعة التي يترتب عليها آثارها من حلِّيَّة الانتفاع وصحة الملك: بيعٌ إجارة، شركةُ أموال وأبدان، مُزارعةٌ، مساقاةٌ، مغارسةٌ، قِراض، كُلٌّ ذلك، له شروط معلومة، متى اختلَّ شرط حكم بفسادها وفسخها والرجوع إلى أجرة المثل، **ولا عبرة بجري العادة والعرف مع فساد العقد، وهذا مما لا يحتاج معه لاستدلال، لكونه لا يخفى على متوسم بطلب العلم، ولا يُترك صريحُ الفقه ومَنصوصُه المقرر في دواوين الأئمة أعلام الملة وقادة الأمة، المقروءة على الجهابذة النقاد مع تطاول الأعصار والآماد إلى فتوى لا يُعرف لها أصلٌ ولا مُسْتَنَدٌ إلا مجردُ موافقة مألوف الناس ومَجرى عوائدهم، ولا تحل الفتوى في دين الله إلا بالمشهور** ص382 **وما يُخال أنه حق؛ ومن الفساد الاستنادُ في الحكم والفتوى إلى أغراض الناس واتباع أهوائهم من غير دليل شرعي، فإنه حَلٌّ لعُرى الشريعة، ومناقضٌ لحكمتها، وتسليطٌ للناس على مألوفاتهم وأهوائهم، وقد قال أبو إسحاق الشاطبي:**

إن مقصود الشريعة إخراج المكلف عن دائرة هواه حتى يكون عبدا لله.

وما احتجَ به المجيب أعلاه مما نقله عن القرافي منصوبٌ في غير محله، إذ ذاك إنما هو في مقصودهم ونياتهم وجري ألفاظهم في أيمانهم وأحباسهم على عرفهم ونحو ذلك مما يطالعه في محله من له خبرة بفهم كلام الأئمة ونقل كلامهم.

وكذلك نقلُهُ أن المشهور ما صحبه العملُ تنزيلٌ له في غير محله، إذ ذاك مع موافقة الحق ومصادفة نصوص الشريعة لا مع مصادمتها كما هو فرض النازلة،

فإذا كان القول صحيحا وصحبه العمل ينبغي الجري عليه، قطعا لشغب الحكام وتشغيبات الأحكام، وهذا إذا كان العمل ممن يقتدى به كعلماء قرطبة وأمثالهم الخ.

قلت : كأنه رضي الله عنه فهم أن الزرع المتخلِّف عن الهالك يُقسم بأجمعه على كل من كان يباشر خدمته من غير أن يُترك للهالك شيء منه، وليس كذلك، بل معناه أن الذين يخدمون الزرع يأخذون جزءا منه على قدر خدمتهم، وما بقي يكون موروثا عن الهالك لورثته نظير إخراج الزكاة منه أولا إذا مات بعد طيبه، ثم يُقسم ما بقي بعد إخراجها على ورثته، وبهذا لا يكون مخالفا للقسمة التي فرضها الله ورسوله، لأن هؤلاء الذين نتج الزرع عن خدمتهم تعلق حقهم بعينه، فيُقَدَّمُون أولا، ثم ما فضل عنهم يدفع لورثته يقسمونه على فرائض الله نظير الحقوق المتعلقة بعين التركة التي يبدأ بها أولا، ثم يُقسم على الورثة ما بقي ثانيا.

والحاصل أنه كما ثبتت الشركة في الزرع للخماس بمجرد خدمته كذلك ثبتت لغيره ممن له مباشرة الزرع بجزء على قدر عمله، والله أعلم.

وبه يبطل قوله أيضا : (وخلافه تحريفٌ وحيد عن الشريعة الخ)، وهذا منه رضي الله عنه مبالغة، وإلا فمعاذ الله(*) أن يتفق علماء الجبال على التحريف، سيما أمثالُ أولائك الأئمة الذين يستسقى بهم الغمام.

وقوله : (ولا عبرة بمجرى العادة والعرف مع فساد العقد الخ)، قد علمت أنه ليس هنا صريحُ عقد وإنما هنا شركة حُكْمِيَّةٌ بمقتضى العادة كما قالوا – فيمن كان مع أبيه أو أخيه أو عمه على حالة واحدة ومائدة متحدة – أن ذلك يوجب لهم شركة المفاوضة.

(*) معاذ الله، مصدر ميمي بمعنى العوْذ بالله والتحفظ به سبحانه من الوقوع في ذنْب أو معصية، وغيرها مما لا يليق بالانسان، والكلمة وردت في قول الله تعالى في شأن يوسف مع امرأة العزيز : ﴿ وراودتْه التي هو في بيتها عن نفسه وغلّقت الأبواب وقالتْ هيتَ لك، قال معاذ الله، إنه ربي أحسنَ مثْوايَ، إنه لا يفلح الظالمون ﴾. س. يوسف، 23.

وقوله: (إذ ذاك إنما هو في مقصودهم ونياتهم الخ) **قد نصُّوا على أن العرف على قسمين؛ تارة يُرَجَّحُ به القول ولو ضعيفا إذا كان موافقا له** كما في قول الزقاقية على العرف عولا، وتارة ينبني عليه الحكم كالاختلاف في متاع البيت إذا شهد العرف أنه لأحد الزوجين، **وقال في نظم عمل فاس ناظمُهُ ما نصه**: عَمَلُ فاس يتبع الأعراف .·. الخ، فلا وجه لقصره على مقصودهم ونياتهم الخ، بل يحكم به ولو خالف مقصودهم، تأمله.

ص383

وقوله: (فإذا كان القول صحيحا وصحبه العمل الخ) قد علمت أن المقلد لا يعرف القول الصحيح من غيره لقصوره، فلا معنى لاشتراط هذا الشرط في حقه، نعم، العرف يدركه المقلد قطعا، فإذا وافق قولا من أقوال الأئمة المعتبرين فإنه يرجحه به.

وقوله: (كعلماء قرطبة وأمثالهم الخ) **نقول**: إن الذين أفتوا بهذا القول وذكروا أن العمل به كالقوري وابن عرضون وابن خجو وسيدي أحمد البعل وأضرابهم، كُلُّهُمْ أهل للترجيح كأهل قرطبة، فلا وجه لتخصيص الاقتداء بأهل قرطبة، إذ لا دليل شرعي على هذا التخصيص. فالحق أن هذا العمل ثابت لا ينكَر؛ **نعم، يُقْصَرْ على أهل الجبال كما قالوا: إن العمل الثابت بموضع لا يلزم جريانه في غيره، والله أعلم.**

هذا، وعبارة الشيخ الرهوني في حاشيته ما نصه:

الزوج يكون له أموال من أصول ومواش، وتكون زوجته تتولى العمل في ذلك، ثم يموت الزوج فتريد أن تأخذ جزءا من ماله مدعية الشركة بعملها، ثم تأخذ سهمها من ربع أو ثمن مما بقي، **قال أبو زيد الفاسي في عملياته ما نصه:**

وخدمة النساء في البوادي * للزرع بالدِّراس والحَصَاد

قال ابن عرضون: لهن قسمة * على التساوي بحساب الخدمة

لاكن أهل فاس فيها خالفوا * قالوا: لهم في ذاك عُرف يُعرف

إلى أن قال: فتحصَّلَ من هذا أن المعوَّل عليه ما أفتى به شيوخ فاس ومن وافقهم من شيوخ الجبال، والعلم للكبير المتعال(هـ).

قلت : **وفيه نظر من وجوه**:

أولها أنه لم يأت بدليل على ما قاله، وإنما تبع سيدي عبد القادر الفاسي في اعتراضه على شيوخ الجبال، وقد علمت بطلانه، وأن الصواب معهم لا معه، **بدليل ما قالوه في الزوج -يأتي بالصوف إلى زوجته فتغزله وتنسجه-** : **إنها تكون شريكة معه فيه بقدر عملها**، وقد نصوا على أن الشركة تنعقد بما يدل عليها، أيَّ شيء كان.

ثانيها أنه فرض الخلاف في خصوص الزوجة مع زوجها، وقد علمت من كلام الأئمة أن محل الخلاف كل من له خدمة في الزرع بأي وجه كان، سواء كان وارثا كأولاد، كأولاد الأولاد، وكأنه تبع في ذلك عبارة نظم العمل الفاسي.

ثالثها أنه فرض الخلاف حتى في المواشي، ولم أره منصوصا فيها، وإنما رأيته في غلة الأرض كالزرع أو غلة الأشجار كالزيتون والعنب، والله أعلم.

ص384 **تنبيه** : **قول العمل الفاسي**: (قالوا: لهم في ذاك عُرف يُعرف)، يُوهِمُ أن العرف هو لأهل فاس، وقد شرحه شارحه السجلماسي على ذلك، وليس كذلك، بل العرف إنما هو لأهل الجبال كما تقدم، فكان الصواب تقديم الشطر الأخير على الذي قبله، ويكون الضمير عائدا على أهل الجبال فيقول :

قالوا: لهم في ذلك عرف يعرف * لاكن أهل فاس فيها خالفوا

والله أعلم.

وسئل الإمام العباسي عن أخوين اقتسما أملاكهما والأشجار المثمرة، وسكتا عن التي لم تبلغ حدَّ الإثمار، ثم الآن بلغته، هل تناول الملك ما فيه من الأشجار، أو لابد من قسمتها أيضا؟.

فأجاب : إن كانت الفسلان في الحريم فهي تابعة، وإلا فلا، وهذا ما ظهر لي مما ذكروه فيما نبت في الحريم، والله أعلم.

وسئل أيضا عن قاض أذن لمن يقسم لورثة ميت متخلَّف موروثهم، وكتب المأذون لهما عقد ذلك، وكتب القاضي الآذنُ تحت العقد : أُعْلِمَ بثبوته مثلا ولم يذكر فيه أداء شهيديه المذكورين، وادعى بعض الورثة أن ذلك غير عامل حيث لم يذكر فيه الأداء، هل ذلك صحيح أم لا؟، وما الحكم إن امتنع شاهداه أن يؤدياها في حياة القاضي أو بعد وفاته؟.

فأجاب : أما القاضي ونائبه فيما ذُكر، فإن كانا مُعْتَبَرين فكَتْبُهُمَا أوَّلا كاف. ونقل الشراح عند قوله : « لا شهادتُه »[14] عن ابن حبيب : ولا يأمر الحاكمُ بالقسم إلا مَنْ عنده مامُونٌ بصير، وإذا قسَمَ أخبر الحاكمَ بما فعل، وقبِله بغير بينة إذا رآه صوابا يُنَفَّذُ على الصغير والغائب بقوله وحده، لأنه حاكم لنيابته عن الحاكم، ولا يبعث من لا يرضى حاله(هـ).

نعم، إن نقض فعلهما بموجب، سُمِعَ منه وعُمِلَ به، وإلا فالمعتبر ما عقداه أولا إن حصل بشروطه، والله أعلم.

وسئل عمن تفاصلا بالتراضي على أن يقسم رجلان أملاكهما فقسماها لهما وذكرا الديون والغلل، وعقد الموثق في آخر الوثيقة أن من قام منهما بحجة على الآخر فهي باطلة وبرَّأ كل واحد منهما الآخر فيما له عليه، ثم قام أحدهما يريد النقض محتجا بأمور، منها دعوى الجهل بقدر الإرث والغلل، هل يُسمع أو لا؟.

---

(14) أي الشيخ خليل في أثناء باب القسمة من مختصره، والعبارة بتمامها هي قوله : « وجاز ارتزاقه من بيت المال لا شهادته ».
أي وجاز أخذ القاسم أجرة على قسمه من بيت المال، لا تجوز شهادته بما خُصَّ به كل واحد ممن قسم بينهم إذا اختلفوا في ذلك، لأنها شهادة على فعل نفسه ».
كما يجوز الارتزاق من بيت المال لكل من يحصل به منفعة للمسلمين كالقاضي والعامل والساعي (الذي يجمع مال الزكاة)

فأجاب : أما الفصل المذكور فإن جُهل أمره فهو محمول على الصحة والتمام حتى يتبين خلافه، وأما إن اتصل به قادحٌ من القوادح المخلة به، لحقِّ الله تعالى (كضع وتعجل)، أو (حُطَّ الضمان وأزيدك)، أو سلف بزيادة، أو صرف بتأخير، أو فسخ دين في دين، أو نحو ذلك، فالمنع والفسخ بعد النزول. **ثم هذا إذا لم يُشهد المتفاصلان بتكذيب الدعوى أو إبطالها أو ما يستلزمه من إسقاط البينة**؛ وأما إذا أشهدا بذلك فلا يُسمعُ قول من قام لنقضها، ولا فرق بين ما تمحَّضَ فيه الحق لله سبحانه وتعالى وبين ما تَمَحَّض فيه لمخلوق، ولم يحْكِ الموثقون في إعمال تزوير الدعوى أو البينة في الصورتين خلافا، **فراجعْ تمامه في تنبيه الطالب للشيخ الونشريسي**، والله أعلم.

ص385

وسئل أيضا عن رجل تزوج امرأة وماتت عنده، فقام على أخيها يطلب إرثها عند القاضي حتى قسم لهم القاضي وظهر إرثه من الزوجة في مال أبيها، ثم عند وقوع القسمة تصدق على ابنه بجميع الإرث في زوجته المذكورة سرا وخديعة، وحضر ذلك الإبن المتصدَّق عليه عند وقوع القسمة في ذلك حتى وقع القسم، ثم بعد ذلك قام الابن وقال: إنه لم يرض بما فعله والده وأنه ليس له شيء في ذلك، وأراد أن ينقض القسمة ويحْسُب حسابا آخر ويعمل قسمة أخرى، فهل له ذلك أم لا؟.

فأجاب : إن علم الابن وسكَتَ أمداً يَدُلُّ على رضاه بلا عذر فذلك لازم له، وإلا فلا، هذا إن كان رشيدا، وأما إن كان في حجر أبيه فقسمهُ عليه عامل، وهذا كله إن ثبتت الصدقة بشروطها، والله أعلم.

وقال في جواب له آخر أيضا : الأصل في العقود كالقسمة الصحة واللزوم، ولاسيما مع مرور مدة طويلة، كما أن فعل والده يحمل على السداد، وأن الولد في ولايته، صغر أو بلغ، إذ لا يخرج من الولاية بمجرد البلوغ، ولذا

قال في المختصر: «إلى حِفظ مال ذي الأب بعده»(*). وقال سيدي مصباح: فِعْلُ الولي على محجوره منعقد منبرم، لا ينحل إلا بأمر لاشك فيه(هـ).

فالقسم ماض لا سبيل إلى نقضه بمجرد كون الابن بالغا، حضر أو غاب، إذ على تقدير ثبوت البلوغ فقد علمت أنه لا ينقض القسم به، فظهر أن الواجب أن يبقى القسم على حاله، لأن ما ادعى أنه يُنقض به لم يصحَّ فيستمر كما كان، اللهم إن ثبت أمر لاشك فيه فينظر فيه متولي حكم النازلة، والسلام.

وأجاب أيضا بقوله : ففي المدونة: إذا فُلِّس رجل أو مات فاقتسم غرماؤه ماله، ثم طرأ غريم له لم يُعلم به رجع على الغرماء بقدر ما كان ينوبه في المحاصَّة أن لو حضر، فيَتْبَعُ كلاًّ واحد بما صار إليه من ذلك في ملائه وفي عُدْمِه .(هـ) بنقل المواق، والله أعلم.

وسئل أيضا عن قاض قسم لأناس متروك موروثهم، فذكر أن ورثته حضروا كلهم ورَضُوا بالقسمة، ثم إن أحدهم برَّح أيْ نادى بأعلى صوته في السوق مثلا بعدم رضاه حين القسمة ولم تُكتب له تسمية، ثم إن القاضي المذكور كتب للمبرِّح المذكور أن القسمة التي أوقعها في ملك موروثهم إنما أوقعها بكلام فلان وفلان ولم يُظهرا عدة الورثة . نعم فلان وفلان المذكوريْن(*)؛ أحدُهُما عاصب والآخر وكيل شيخ القبيلة يطلب ما يأخذه في القسمة.

فأجاب : قال في التحفة :

وحيثُ كان القَسْمُ للقضاة * فبعد إثبات لموجبات

(*) وذلك في أول الباب المتعلق بأسباب الحجر وأحكامه.
أيْ إن الحجْر على الصبي يستمر بالنسبة لماله إلى حين بلوغه راشدا قادرا على حفظه، عارفا بحسن تنميته وصيانته.

(*) نعم، فلان وفلان المذكوريْن. إلخ، هكذا كُتبت هذه الجملة في الأصل، ولم يتضح معناها جيدا بالنسبة للكلمة المكتوبة على صورة نعم، فليتأمل وليحقق المراد منها، بهدف تصحيح العبارة وسلامتها.

ص386 والموجبات المتقدمة على القسمة عادةٌ في الطريقة التوثيقية كالموت والوراثة وملك المال للموروث إلى أن ورثه للورثة وغير ذلك، وأما إن قسم بلا حصول شروطه فلا يلزم قسمه فيعاد، والله أعلم.

وسئل أيضا عن بعض الطلبة قسم ملكا وباع بعضه في أجرته واسترعى عليه رب الملك، هل يبطل بيعه وتكون له أجرة مثله أم لا؟.

فأجاب : وبعد، فالواجب للقاسم أجرة المثل إذا لم يدخلا على شيء معيَّن أولا، وليْسَ له أن يبيع فيها الملك بلا موجب ولا ينفذ(هـ).

وسئل أيضا عن ورثة عَمَروا أملاكا أمدا طويلا، وقام بعضهم الآن يطلب قَسْمهُ وادعى الباقون أنه مقسوم، وقد اختلطت الأملاك لعدم التسميات، والقَسْمُ إن كان إنما حصل بين الإخوة دون الأخوات فلم يجعلوا لهن حظا في متخلَّف أبيهن، فهل لهن نقض القسمة إن ثبتت أم لا وقد طال الزمان؟.

فأجاب : **الأصل بقاءُ ما كان على ما كان**، فإن كان مَوْروثُو المذكورين لا يدَّعُون القسمة وإنما كانوا يغتلون ساكتين، فاحتجَّ الآن ورثتهم على الشريك القائم بالاغتلال أو السكوت، فليس ذلك بحجة توجب زوال الشياع كما قال الشيخ أبو الحسن الصغير.

وأما إن ثبت القَسْم بشهود أو بدعوى أمد الحيازة كما ينبغي ثم اختلطت الأملاك فقد سئل الشيخ سيدي عبد الله بن يعقوب عن أخوين شهد شهودٌ بالقسمة بينهما في أملاكهما ولم يُعينوا ما صح لكل واحد منهما بحدوده، بل بعضه خاصة، وقد مات أحدهما وغاب ورثته، ثم إن الأخ الحي خلط نصيبه مع نصيب أخيه، **فأجاب** : إن عَيَّنَ العدول ما حصل لكل تمت شهادتهم وكان حظ كلٍّ ما عُين له، وإلا فذلك مُشاع(هـ).

فإن لم يثبت القَسْمُ في النازلة كما ينبغي وجب الحكم به، إذ القول لمن دعا إليه، ويُجبر عليه من أباه في كل ما يمكن قسمه بلا ضرر؛ **وأما إن ثبت**

قَسْمُ الإخوة كما يجب فللأخت القيام بحظها، لأنهم لم يدَّعوا نقل الملك عنها بشراء أو صدقة وإنما كانوا يتصرفون دون دعواه، فلا تنفعهم الحيازة ولو طالت جدا.

قال الجزولي: ولا يُسقِطُ حقَّ الأخت قسمة الإخوة فيما بينهم وهي حاضرة ساكتة، وإنما الخلاف في نقض القسمة، هل تُنقض فيستأنفون قسمة ثانية لكي تأخذ سهمها مجموعا، أو لا تُنقض وإنما تأخذ من كل واحد ما ينوبه من سهمها لأنها لما سكتت حين القسمة فكأنها رضيت أن تأخذ سهمها موزَّعا؟، واختُلف في ذلك على قولين(هـ).

وبالثاني أفتى الشيخ أبو الحسن الصغير فقال: لورثة الأخت حظها مع إخوتها من متروك أبيها مما كان قائما من كل ما بيد كل واحد من أخيها وبني أخيها، ويُحمل رضاها على تفريق حظها لا على هبة لأخيها(هـ)؛ وهذا إن ثبت علمها بقسم البَتِّ وسكتت بلا عذر أمدا طويلا، وإلا فلها نقضه بلا نزاع.

ص387

قلت: وهذا الجواب خلاف التحقيق، والمعتمد هو ما يأي عن ابن رشد في جواب السجلماسي.

وسئل أيضا عن أخوين اقتسما جنانا وفيه نخلة بينهما، ثم مات أحدهما فادعاها ابنه لأبيه لكونها في قرعته من الأرض.

فأجاب: تناولتْ الأرضُ ما فيها إلا ببينة، والله أعلم(هـ).

قلت: لأن القسمة بيعٌ، ومن اشترى أرضا فيها أشجار فإن البيع يتناولها بالعرف، فتكون للمشتري، إلا أن يشترطها البائع كما في المختصر وغيره.

وفي المعيار قبيل نوازل الرهن ما نصهُ:

وسئل ابن رشد عن الحطابين الذين يبيعون الحطب على الدواب، وعادتهم أن يصنعوا لأنفسهم حزمة صغيرة من رقيق الحطب ويربطونها على

الدواب في مؤخر الحمل، فيأتي الذي يريد شراء الحمل فيساومه عليه ويتفق معه، فإذا أتى منزله أخذ الحطاب تلك الحزمة لنفسه فينازعه فيها مشتري الحمل.

فأجاب : إذا كانت تلك الحزمة مع الحمل وقت المساومة فهي لمشتري الحمل، ولا حقَّ فيها للحطاب إلا باستثنائها وإزالتها من الحمل قبل وقوع المساومة إن شاء الله.

وفي نوازل العيوب من المعيار أيضا :

وسئل - يعني أبا محمد - عمن ابتاع فرسا عليه لجام، أو بيتا عليه قفل وادعاه البائع.

فأجاب بأن ذلك للبائع كغيره، إلا أن يشترطه المشتري.(هـ).

وفي نوازل الكراء من المعيار:

سئل بعض أهل العلم عن المطامير هل تدخل في الكراء أم لا ؟.

فأجاب : إن عرف المكتري المطامير فهي في اكترائه، ليس لصاحبها فيها حجة أنه لم يشترطها عند الكراء، وإن كان لم يعرف أن في الدار مطامير فإنما له الظاهر الذي اكترى، وليس لصاحب الدار أن يختلف للدار إلا برضى المكتري.(هـ).

وفي المنتخب ما نصه:

وفي سماع عيسى: سألت ابن القاسم عن الرجل يتصدق على الرجل ببيت في داره ولم يسم له مدخلا ولا مخرجا ولا مرفقا، ثم أراد المتصدق أن يقطعه من المرور في داره وأن يفتح باب البيت الذي تصدق به عليه حيث شاء.

قال : لا يُمنعُ من المرور إلى بيته في دار المتصدق ولا من شيء من مرافقه ولا من شُرْب في بئر ولا مخرج ولا مدخل إلى كنيف، سمى له شيئا

عند الصدقة أو لم يسم(هـ) . وذكر صاحب المعيار عن ابن رشد ما تقدم في المرفق **ثم قال**: **وقيل**: لا شيء له من ذلك إلا أن يكون حيث يفتح له بابا الخ، أنظره في نوازل الهبات .

وسئل سيدي عبد القادر الفاسي عن دار حبست وفي مقابلتها أروى على حدتها، وهي من منافع الدار لكون الدار دار أشراف الخ.

ص388 **فأجاب** : لما كانت الأروى منفردةً عن الدار وخارجةً عنها ولم تُذكر في الوثيقة فإنها لا تدخل في التحبيس الخ، **ويشبه هذه مسألة ابن سهل، ونصهُ:**

كتبت إلى شيوخنا بقرطبة سنة أربع وخمسين وأربعمائة في رجل باع دارا ينتظم بها حانوت، له باب يفضي إلى الدار، وباب آخر ينجرُّ عليه، وعُقد العقد وقيل فيه: بمنافعها، أو لم يعقد؛ **وفي رجل آخر باع دارا تتصل بها جنة مُحَدَّق عليها، وليس لها باب ولا طريق إلا على الدار**، وادعى المبتاع أنها داخلة في الصفقة، وخالفه البائع، **فذكر الجواب عن المسألتين.**

وحاصله: إن وقع تحديدٌ في رسم الشراء وأُدخل فيه الحانوت والجنة فهما للمبتاع لدخولهما في حدود الدار، لأن الجنان والحانوت لا يصْدُقُ عليهما إسمُ الدار، والتحديدُ إذا وقع فلا يُعْدَل عن مضمونه إدخالا وإخراجا، وإلا فلا يدخلان وهما للبائع؛ **قال ابن سهل**: وهذا ما لم يقل المشتري: اشترطت دخولَ الحانوت والجنة ويقُلْ البائع: اشترطت خروجهما فإنهما يتحالفان ويتفاسخان، وإنما وقع الجواب عند عدم دعوى ما ذكر من الاشتراط(هـ) .

مسألة : قال المتيطي: إذا اقتسما دارا ثم اختلفا في بيت منها فادعى كل واحد منهما أنه في حقه ولا بينة لهما فإنه ينظر ، فإن كان بيد أحدهما يحوزُهُ عن صاحبه فهو أحق به بعد يمينه، وإن نكل عن اليمين حلف الآخر وكان له، وإن لم يكن بيد واحد منهما تحالفا وفُسخ القسْمُ بينهما .(هـ) .

وأجاب المحقق السلجماسي عن مسألة فقال : والقائم في مِلك اقتُسم على عينه، وبيع بعضه على عينه كذلك، يدعي أن له فيه نصيبا بالإرث من أخت له ماتت، لا تسمع دعواه، وسكوتُه بعد البيع عاما فأكثر يُعَدُّ منه رضى.

قال في المفيد : إذا بلغه عن ماله أنه بيع عليه فلم يقم بحدثان ذلك ولم يغير فذلك رضى بالبيع وتسليمٌ له.(هـ).

ويؤيد هذا أيضا ما نقله المازوني في درره المكنونة عن سيدي أبي الفضل العقباني أنه قال في جواب لهما نصه: من كان من الورثة عالما حاضرا وسكت بعد علمه بالبيع عاما لزمه البيع، وما ذكره الحاضرُ من أن سكوته لمكان المصاهرة لا ينفع.(هـ).

واعتذارُ القائم في النازلة المتكلِّم فيها بأنه جهل أنه يرث أخته الهالكة وظنَّ أن بني أخيه يرثونها دونه لا يُقبل، لأن كل الناس يعلمون أن الأخ يرث أخته إن لم يكن من يحجبه كابنها وأبيها،

وقد نص الشيخ أبو الحسن الصغير رحمه الله على أن من ادعى الجهل فيما يجهله أبناءُ جنسه غالبا فالقول قوله في جهله.(هـ). فمفهومه أن من ادعى الجهل فيما لا يجهله أمثاله غالبا لا يكون القول قوله، وهو كذلك، لتكذيب العرف له(هـ).

وأجاب أيضا عن نازلة بقوله : إن الشريك الحاضر للمبيع عليه نصيبُه في الأرض إذا علم وسكت دون عذر عاما لزمه البيع، ولا كلام له مع المشتري، فأحرى الذي سكت السنين، ولا فرق في هذا بين الرجل والمرأة. ص389
ويدل لما ذكرنا قولُ ابن رشد في البيان : وإن لم يعلم المبيع عليه مالُه بالبيع إلا بعد العام ونحوه لم يكن له إلا الثمنُ، وإن لم يقم حتى مضت مدة الحيازة لم يكن له شيء.(هـ). **ونقله الحطاب مُسلَّما ؛ وقولُ سيدي يحيى المازوني: سئل (يعني الشيخ أبا الفضل العقباني) عمن بيع عليه ملكه وهو غائب عن مجلس العقد إلا أنه على نحو فرسخين وهو ساكت سنة فأكثر، ثم قام مدعيا عدم**

العلم، هل يُقبل قوله مع يمينه، لاسيما إن كان امرأة في غير حجاب كنساء البادية أم لا؟.

فأجاب : إن كانت تختلف إلى المكان الذي فيه مِلْكُها فهي كالحاضرة في حملها على العلم، وسكوتُها سنة يمنعها من القيام، ما لم يتبين عذْرُ منعها من الكلام، وإن كانت ممن لا يختلف فالقول قولها أنها لم تعْلَمْ.

وفي الدر النثير أن أبا الحسن سئل عن أخت باع أخوها نصيبه ونصيبها فسكتت مدة طويلة ثم قامت، فذكر الجواب، وفيه : عادة نساء البادية اليوم أنهن لا يطلبن ميراثهن من قرابتهن ولا يطلبن الغلة، خوفا من قطع رحمهن، فهن كالمقصورات، لهن غلتهن متى قمن بها، وإذا بيع النصيب وعلمن به فالشأن أن يقمن على المشتري ولا يسكتن عنه فيُعَدُّ سكوتهن رضى إن لم يمنعهن مانع.(هـ) بخ؛ **وفي هذا كفاية في سقوط حق المرأة المسؤول عنها في نصيبها بالسكوت الطويل، ويسقط حقها في الشفعة كذلك**، وهو واضح، وبالله التوفيق.(هـ).

قلت : كلام الدر النثير الذي اختصره هو قوله: أفتى ابن رشد في أخت كان أخوها يغتل نصيبها فقامت عليه – أنها تأخذ الغلة، وقد كان بعضُ المدرسين بجهة ورغة: (إسم لواد كبير جدا بالمغرب) يُفْتي بأن لا غلة لها **حتى سئل الفقيه راشد عن ذلك فأفتى بالغلة**، وذلك أن عادة نساء البادية لا يطلبن ميراثهن من قرابتهن ولا يطلبن الغلة خوفا من قطع رحمهن، فإنهن إن طلبنه قطعهن أهلهن وجَفَوْنَهُنَّ فيصرن بذلك كالمقهورات، ولا فرق بين هذه المسألة ومسألة الذي أجاز الوصية وهو في عيال الموصي فقال بعد الموت: خفْتُ أن يمنعني رِفْدَه(*)، فلا تلزمُه الإجازة، وأما إذا بيع النصيب الخ.

(*) الرِّفْد : بكسر الراء وسكون الفاء : العطاء والمعونة.
وقد وردت الكلمة في شأن فرعون وقومه، وما يحملونه من وزر وإثم وينزل بهم من لعنة ونكال وعذاب أليم في الدنيا والآخرة، وذلك في قوله تعالى : ﴿ **يقْدُمُ قومَه يوم القيامة فأوردَهم النار، وبيس الوِرْدُ الموردُ، وأُتْبعوا في هذه لعنة ويوم القيامة، بيس الرِّفد المرفود، ذلك من أنباء القرى نقصه عليك منها قائم وحصيد، وما ظلمناهم ولاكن ظلموا أنفُسهم**﴾. س. هود : 98 ـ 101.

وسئل أيضا عن قولهم: إن الحيازة القاطعة لحق القائم إنما تنفع فيما جُهل أصله لا فيما علم أصله كما نقله الحطاب فإنه يشكل عليه ما ذكره في الدر النثير نقلا عن ابن رشد في سماع يحيى في امرأة قام ورثتها يطلبون حظها من متروك والدها من أخ وابني أخ لها، وأنه أجاب عن ذلك بأن سكوتها عن ذلك مدة الحيازة قاطع لحقها ومانع من قيام ورثتها فيما يطلبون من حظها من متخلَّف والدها، فأين قولهم: لا تنفع الحيازة فيما جُهل أصله لا فيما علم مع كون المقُوم عليهم لم يدَّعوا ناقلا لحقها إليهم من هبة أو صدقة عليهم، مع أن الأصل أي أصل المدخل معلوم في صورة سماع يحيى المذكورة، ولم يحتجوا عليها فيها إلا بمجرد السكوت أمَدَ الحيازة.

ص390

فأجاب: وأما مسألة الحيازة مما نقله الحطاب من قولهم إنها إنما تنفع فيما جُهل أصله لا فيما علم أصله، صحيحٌ، نقله غيرُ واحد مُسَلَّما.

وأمَّا إشكالكم له بما في الدر النثير مما يوهم أن الحيازة تنفع في معلوم الأصل وتقطع حجة القائم الخ، فجوابه أنه لا إشكال في ذلك، لأن ابن القاسم لم يرتب قطع الحجة على سكوت المرأة مدة الحيازة فقط، بل على سكوتها مع قسم الورثة بعلمها غير مدعية شيئا ولا طالبة له، **ومعلومٌ أن الشيء مع غَيْرِه غيرُهُ وحْدَهُ.**

ويظهر ذلك بنقل ما في الدر النثير في سماع يحيى من كتاب الاستحقاق في امرأة هلك زوجها وترك منزلا ورقيقا، فعاينتْ ولدَهُ من غيرها زمانا وتزوجت ثم هلكت، فقام ولدها من زوجها الآخر يطلب موروثها في ذلك، فقال ولد زوجها الأول: عاينتْنا زمانا طويلا منذ عشرين سنة لم تطلب شيئا حتى ماتت، **فقال ابن القاسم**: لا يقطع حقَّها طولُ سكوتها، إلا أن يكونوا اقتسموا بعلمها حتى حاز كل واحد نصيبه من الأرض والرقيق والعروض وهي ساكتة عالمة في المدة لا تدعي شيئا ولا تطلبه، فهذا يقطع حجتها ويُبطل طلبها، **ابن رشد في الشرح**: إن كانت مُشاهدة للقسمة حين

وقوعها بطل حقها بسكوتها العام ونحوه على قياس ما في البيع، **لأن القسمة بيع من البيوع**، وقد قيل: **إنها تمييز حق، فبطلان حقها بمرور الحول على ذلك أحرى، وأما إن لم تشاهد القسمة وإنما علمت بها بعد وقوعها فلا يبطل حقها إلا بمرور مدة الحيازة**، وكذا نقلَهُ الشيخ مصطفى في السماع بعبارة، **جُلُّهَا موافق للَّلفظ المتقدم، ولم يتعقبه بشيء، فدل على أنه لا إشكال فيه، ولا مخالفةَ بينه وبين ما اشتهر عند الأئمة أن معلوم الأصل لا تنفع فيه الحيازة.**

ومن الدليل على أن وقوع القسمة بحضرة الشريك وسكوته يبطل قيامه بعد ذلك قول الشيخ أبي عبد الله العبدوسي في بعض أجوبته - فيمن قامت تدعي عرصة بعد سكوتُها أزيد من عشرين سنة وهي في يد الغير - ما نصه: ولا يضر سكوتها عن طلب حقها في ذلك بعد وفاة ربيبها، إلا أن يُحدث بها حدثا يدل على تسليمها فيها، كأن تُباع على عينها أو تقع فيها قسمة أو هبة أو صدقة أو وصية أو ما أشبه ذلك فلا قيام لها(هـ).

ونقل الحطاب في القسمة، وصاحبُ المعيار في الاستحقاق؛ كلاهما عن المازري أن ظاهر القسمة تسليم الأملاك المقتسمة.

وفي المفيد: قال مطرف: ومن أُحْدثَ في ماله بيعٌ أو هبة أو مقاسمة وهو حاضر يعلم ذلك ولا يغير فلا حق له فيه بعد ذلك، إلا أن يقوم بالقرب، فإن ترك حتى طال فلا حقٌّ له في ذلك ولا حُجَّة.(هـ).

ص391

وسئل أيضا عمن قام بعد موت أبيه يطلب ميراثه من أرض كان باعها عمه وتصرَّف فيه المشتري على عين والد القائم أكثر من عشر سنين لم ينازعه فيها ولا خاصَمه فيها من غير عذر يمنعه، مع العِلْم ببيع أخيه، فهل تُسمع لهذا القائم دعوى، والحال ما ذُكر، أم لا؟.

فأجاب بأن والد القائم إذا ثبت عليه بيع أخيه وأنه سكت ولم ينازِعْه طول المدة المذكورة سقط حقه في الأرض، ولم تُسمع له فيها دعوى، بل سكُوته بعد البيع عاما يسقط حقه، فأحرى أكثر. **ففي الدر النثير عن أبي**

الحسن الصغير رحمه الله أن مَن بيع عليه ماله فسكت عُدَّ مُجيزا للبيع بمضي عام فأكثر (هـ) بمعناه، وإذا سقط حق والد القائم سقط حقه هو.

ففي المعيار عن الشيخ أبي الحسن أيضا أن وارث من سقط حقُّه ساقط الحق، ولا يثبت للوارث إلا ما كان ثابتا للموروث(هـ).

وأجاب أيضا عن مسألة فقال : إنه على تقدير أن يُثبت القائم ملك هذه الأرض، أو يُثبت الملكية لمن يزعم أنها انتقلت إليه بالإرث منه، ومَوْتَهُ وعِدَّة ورثته وجميع ما يتوقف عليه الحكم له بها، إذا أثبت المشتري لها أن اشتراءه كان بعلم من هذا القائم وعلى عينه، وثبت مع ذلك أنه يعلم ملكه لجميعها أو للنصف الذي يدعيه منها ثم لم يُنكر البيع ولا اعترضَه وسكت بلا عذر، والمشتري يتصرف هذه المدة الطويلة، لم تُسمع دعوى هذا القائم فيها، ويُعَدُّ راضيا بالبيع ومُجيزا له، ولم يكن له كلام مع المشتري ولا غيره، بل بأقصرَ من هذه المدة بكثير يسقط حقه.

فقد نص ابن سهل في نوازله، وابنُ الحاج في مسائله، وغيرُهما أن من بيع عليه ماله وسكت بعد علمه نحو العامين سقط حقُّه، وهذا الفقه الذي ذكرنا من الوضوح بمكان بحيث لا يحتاج في الاستظهار عليه إلى جلب نص، وبالله التوفيق.

وسئل أيضا عن **امرأة هلك أبوها وترك أملاكا كثيرة وبقي أخوها يتصرف في تلك الأملاك دونها وهي ساكتة عنه؛ وباع بعض تلك الأملاك وقبض الثمن لنفسه**، وعاش بعد موت أبيه على تلك الحالة المدة الطويلة ثم مات وبقيت أخته بعده مدة وتوفيت، والآن قام ولَدُها يطلب ميراث أمه من أبيها، فهل سكوتها يسقط حقها أم لا، والحال أن أكثر نساء البلد لا يعطين شيئا من الميراث ولا يطلبنه حياء من إخوانهن؟.

فأجاب : هذه النازلة سئل عن مثلها أبو الحسن، وبنقل كلامه يتضح الحكم فيها؛ قال في الدر النثير : وسئل - يعني الشيخ أبا الحسن رحمه الله -

عن رجل توفي وترك ابنا وبنتا وأملاكا فبقي الابن يغتل الأملاك على عين البنت ستين سنة، ثم ولدُهُ بعده على عين أولادها بعدها ولم يغيِّر أحد عليه مدة كثيرة، وربما كان الابن باع بعض الأملاك على عين البنت، فهل هي حيازة.

ص392 **فأجاب** : إن كان يدعي نقل الملك عنها بشراء أو صدقة أو عن والدهما فهي حيازة، وإن لم يدَّع ذلك وإنما كان يتصرف دون دعوى شيء فلا تنفعُ؛ **قال ابن رشد**: لا خلاف أن الحيازة إنما تكون مع دعوى الملك، وأما ما باع على عينها فلها المقال في المثمون داخل السنة، ثم لها المقالُ في الثمن أبدا كالباقي من الأملاك. **وما في السؤال من أن نساء البلد الخ يؤكد الحكم المذكور من تمكين ولد الأخت من ميراث أمه، وقد سئل أحمد بن نصر الداودي عن الاخوة يبيعون من الملك ناحية، والأخواتُ حضورٌ، فقال**: إن كانت الأخوات في بلد لا يُنتصَف فيها البناتُ ولا يُعْطَيْنَ حقوقهن فهن على حقهن متى قُمن(هـ).

وسئل أيضا عمن حيز عليه شيء ووقع بحضرته ما يُفَوته عليه من مقاسمة أو هدم أو بناء مثلا، هل لا يكون ذلك تفويتا عليه إلا مع دعوى الملك فيه أو مطلقا، فما عندكم في ذلك أعزكم الله؟.

فأجاب : في علمكم ما قاله ابن رشد، ونقله عنه غير واحد، أن مجرد الحيازة لا ينقل الملك عن المحوز عنه إلى الحائز باتفاق، ولاكن يدل على الملك، وعليه فالتصرف يكون مع دعوى الملك وبدونها، ويكون بالعوض كالبيع وبدونه كالهبة، وكلٌّ ذلك يكون بحضرة المالك ومَغيبه، وفي كل، إما أن ينكر بالقرب أو بعد حين، والحكم يختلف باختلاف الصور.

ففي بعضها يفوت الشيء المتصرَّف فيه على المحوز عليه، **وفي بعضها لا يفوت، وفي بعضها يفوت ويكون له العوض، يؤخَذُ ذلك من كلام ابن رشد في**

سماع ابن القاسم من كتاب الاستحقاق حيث قال : إذا فوَّت – يعني أحد الورثة – الكل بالبيع، فإذا كان المحوز عليه حاضر الصفقة فسكت حتى انقضى المجلس لزمه البيع في حصته وكان له الثمن، وإن سكت بعد انقضاء المجلس حتى مضى العام ونحوه استحق البائع الثمن بالحيازة مع يمينه أنه تفرد به بالوجه الذي يذكر من ابتياع أو مقاسمة أو ما أشبه ذلك، وإن لم يعلم بالبيع إلا بعد وقوعه فقام حين علم، أخذ حقه، وإن لم يقم إلا بعد العام ونحوه لم يكن له إلا الثمن، وإن لم يقم حتى مضت مدة الحيازة لم يكن له شيء، واستحقه الحائز بما ادعاه، بدليل حيازته إياه.(هـ) .

ونقله البرزلي بلفظ : **وفي كتاب الدعاوي والإنكار ما نصه** :

وفي المستخرَجة في الرجل يباع عليه ماله وهو حاضر فلا يُغَيِّرُ ولا ينكر، ثم بعد ذلك أراد الرجوع فيه، فلا سبيل إليه، وله أخذ الثمن.

والمعنى في ذلك –والله أعلم– أنه إذا باعه وهو ينسبه إليه، وأما إذا باعه وهو ينسبه إلى نفسه ويقول: إنما أبيع مالي، وشريكُهُ في ذلك الحال ساكت لا يُغير ولا يُنكر، أو يكون المال لغير شريك فيقول البائع: إنما أبيعُ مالي، وصاحب المال الذي يعرف أصله له حاضر ساكت، ثم طلبه بعدُ فلا سبيل له.

ص393

وكذلك إن باعه وهو غائب وهو يدعيه لنفسه،فبلغ صاحب المال ذلك فلا يُغير ولا ينكر ولا يُشهد عدولا ثم طلبه فلا سبيل له ولا إلى ثمنه؛ **فإن قال** : أبيعك مال فلان، وفلان حاضر ساكت حتى تم البيع، ثم أراد فسخه فلا سبيل له، وليس له إلا الثمن، **وإن قال** : أبيعك دار فلان، وفلانٌ غائب ثم علِم الغائب وقدِم فهو بالخيار، إن شاء أخذ الثمن وإن شاء أخذ ماله(هـ) بخ.

ونقله صاحب المفيد، والغرضُ منه بيان أن التفويت مع دعوى الملك ليس كالتفويت مع نسبته لمالكه(هـ) .

وسئل أيضا عما يظهر من جوابه، ونصه :

الحمد لله، ما سطر بمحَوَّله -من أن سكوت الغرماء بعد العتق يمنع القيام من رده- إنما يتَّجه فيمن لا عذر له في السكوت، وأما ذو العذر فلا يمنعُهُ السكوت وإن طال حتى يزول العذر ويسكت بعده مدة أربع سنين فأكثر.

ومن أوضح الأعذار عدمُ العلم بالدَّين ؛ وقد نبه الأئمةُ على اشتراط نفي العذر وعدم المانع في مواضع من المواضع التي جُعل فيها السكوت حُجَّة على الساكت.

فمن تلك المواضع الحيازة المشهود بها، أُشْتُرِطَ فيها علم المحوز عليه بأن له الحق في الشيء المحوز، وإلا لم يضُرَّه السكوت، ولا تُسْقِط الحيازة حقَّه.

ومنها : مَن بيع عليه ماله فسكت عاما فأكثر، قالوا : إنه يعد بسكوته مُجيزا للبيع، ما لم يكن عذر يحمله على السكوت، ذكر ذلك الشيخ أبو الحسن الصغير في بعض أجوبته.

ومنها:مسألة القائم بدين على التركة بعد قَسْم الورثة على عينه، قال فيها الإمام مالك وابن القاسم: إنه لا شيء له، قال مطرِّف : إلا أن يكون له عُذْرٌ أو لم يجد عقدا وشبه ذلك، فيَحْلِفُ أنه ما ترك القيام إلا لما ذُكر ويأخذ حقه، نقل ذلك الحطاب، وقال في قوله: (أو لم يجد عقدا) : من ذلك -والله أعلم - إذا قال: لم أعلم بالدين إلا إلى الآن حين وجدت العقد(هـ).

ومنها:مسألة المرأة إذا تصدقت بميراثها على إخوتها وهي بِكر مُهْمَلة، ثم تزوجت فاقتسم الإخوة التركة على عينها، وتصرفوا فيها بالبيع وغيره عشرين سنة، فقامت بعد ذلك وادعت أنها كانت تظُنُّ الصدقة تلزمها؛

قال أبو الحسن: القول قولُها أن سكوتها تلك المدة إنما كان لأنها لم تَعْلَمْ أن هبة البكر المهملة غيرُ لازمة لها إلى يوم القيام، أو إلى ما لا تُعَدُّ فيه من الزمان من وقت علمها إلى وقت قيامها مُجيزة لهبتها مع يمينها ، لأن ما ادعت

ص394 **الجهل فيه، مما تجهله غالبا، ولا يعرفه إلا أهل الفقه، وقاعدتُهم أن من ادعى الجهل فيما يجهله أبناء جنسه غالبا فالقول قوله في جهله .(هـ) من المعيار والدر النثير.**

فهذه المسائل وما أشبهها فيها دليل واضح على أن القائم في النازلة إذا كان يجهل دَينه لم يضره السكوت، وأنه يصدق مع يمينه في دعوى الجهل حيث يكون ذلك مما يجهله مثله، والله تعالى أعلم.(هـ).

قلت: أما ما ذكره من عُذْر الغرماء بالجهل حيث كانوا ممن يجهلون ذلك فواضح، وأما ما قاله من أن المانع يبقى بعد زوال العذر حتى تمضي أربعة أعوام فغير ظاهر، ولم يأت عليه بدليل، بل إذا زال المانع ومضَت مدةٌ تدل على الرضى ولو قلَّت فإن ذلك يَلزمُهم، والله أعلم.

وأجاب أيضا: إذا ثَبت أن المبيع عليه ملْكُهُ علم بالبيع وسكت عاما من غير عذر لزمه البيع، والنصوصُ بأن السكوتَ بعد العلم عاما فأكثر دليل على الرضى بالبيع أكثرُ من أن تحصى، نقلها الحطاب والمازوني والمعيار والدر النثير وغيرهم، وإن لم يثبت العلم على القائم وادعى الجهل فللأئمة قولان في قبول دعواه وعدم قبولها مع طول المدة والحضور بالبلد، **وبالقول الأول أفتى أبو الحسن الصغير**، ولاكن في قريب من البلد على عشرة أميال،

فقال في جوابه: أما العلم فمحمول على عدمه حتى يثبت أنه علم.(هـ). والقول الثاني أفتى به أبو الفضل العقباني(هـ) بخ، ومحلهما ما لم تقم قرينة على علمه وإلا فيُعْمل عليها بلا نزاع.

قلت: قال ابن عرفة عن ابن رشد في الحيازة: أنه في الغائب محمول على غير العلم حتى يثبت علمه، **وفي الحاضر** محمول على العلم حتى يثبت أنه لم يعلم(هـ). **وأما في الشفعة فمحمول على عدم العلم، لقول المختصر**: «وصُدِّقَ إن أنكر علمه»[15]، **فالمسائل ثلاث**؛ طرفان وواسطة، والله أعلم.(هـ).

(15) وذلك في باب الشفعة. أي يصدَّقُ الشفيع الحاضر إن أنكر علمه ببيع شريكه شقصه، لموافقته الأصل، إلى آخر ما هو موجود هنا عند الشيخ المهدي الوزاني رحمه الله، وكما سبقت الإشارة إليه في تعاليق وهوامش من باب الشفعة ونوازلها.

الحمد لله، حيث ثبت ببينتين فيهما عدة من الشهود بيد الخصم أن الطراز المتهدِم أعلاه الذي صار محله الآن فضاء لا يقبل القسم إلا بضرر فالعمل على ما شهدوا به، **لأن بينة الضرر هي المقدَّمة عند التنازع.**

وبيان ذلك أن الشهود أعلاه شهدوا بأن المحل يقبل القسم أنصافا ولم يتعرضوا للضرر، وغيرُهُم شهدوا أن قِسمته كذلك فيها ضرر، **وقد نص غيرُ واحد على أن من شهد بالضرر مقدَّم على من شهد بنفيه، فأحرى إن لم يتعرض له بنفي ولا إثبات كما هنا. قال ابن سهل في تعارض البينتين بالضرر وعدمه ما نصه: شهادةُ من أثبت شيئا أولى بالقبول من شهادة من نفاه، قاله غيرُ واحد من أصحابنا، وبه العمل**، وهو دليل المدونة والعتبية وغيرهما، فلا يُلْتَفَتُ إلى ما جاء فيه من خلاف، لضعفه وقلة قائله. (هـ)، **وتبعه ابن فرحون فقال:**

ص395

فإن أقام المحدث للضرر بينة تشهد أن ذلك ليس بضرر لم يُلتفت إلى تلك البينة، وكانت شهادة الذين شهدوا بالضرر أحقَّ وأولى بالحكم، وعليه العمل، وبه القضاء الخ، ونظمه في التحفة فقال:

وقولُ من يُثْبِتُهُ مُقَدَّمُ .·. على مقَال من بنفي يَحكم

والمسألة من الضروريات، فلا حاجة إلى التطويل فيها، والله أعلم. قاله وقيده عبد ربه تعالى، المهدي بن محمد الوزاني الحسني العمراني، لطف الله به. (هـ).

وقع سؤال عن رجل أوصى بثلثه لأحفاده وعيَّنه في خمسة مواضع من أملاكه، إلا أنه يملك في تلك المواضع الخمسة الثلثين فقط، وثلُثُهَا لأخته، فقامت، أيْ الأخت، على الأحفاد الموصى لهم بعد موت الموصي وطلبت المقاسمة معهم فتخارجوا معها، ثم بعد ذلك ادعوا أن المخارجة لا تصح.

الجواب: الحمد لله، المخارجة أعلاه صحيحة تامة المبنى، مستوفية لما يُطلب فيها من الشروط، واضحةُ المعنى، لأنها في الحقيقة قِسمةُ مراضاة بعد

التعديل والتقويم، وهي جائزة في حق الرشيد والسفيه واليتيم، **قال في التحفة**:

وقسمة الوفاق والتسليم .·. لاكن مع التعدِيل والتقويم

جمْعٌ لحظَّين بها لا يُتَّقى .·. وتشمل المقسوم كلا مطلقا

إلى أن قال:

وأُعملَتْ حتى على المحجور .·. حيث بدا السَّدادُ في المشهور.

وقال في المختصر: «وَقَسَم عن صغير أبٌ أو وصي»[16]، **قال الزرقاني**: **بقرعة أو تراض** الخ. **وقال المتيطي**: يجوزُ قَسْمَ الوصي على يتيمه بالسهم، واختُلف في القَسْم عليه بالمراضاة بعد التعديل والتقويم، **فقال ابن أبي زمنين وابن العطار**: ذلك جائز، وبه القضاء. **وقال ابن الهندي** لا يجوز، ونحوُه في العتبية. (هـ). **وقال ابن سلمون**: والقسمة بها -يعني المراضاة على المحاجير جائزة إذا وافقت السداد وظهرت فيها المصلحة. **وفي العتبية رواية بعدم الجواز، قال ابن فتحون**: وقد أجاز هذه القسمةَ للوصي على المحاجير بالمراضاة والاتفاق بعد التقويم والتعديل أكثرُ شيوخنا إذا كانت في ذلك المصلحةُ لهم كما يجوز البيع عليهم، وبه القضاء(هـ)، ونظمه في العمل المطلق بقوله:

وجاز للوصي على اليتيم .·. قسْمُ المراضاة مع التقويم.

ص396

والنصوصُ بهذا المعنى كثيرة لا حاجة إلى التطويل بها.

وعليه فحيث شهد أرباب البصر والفلاحون بأن تلك المخارجة، فيها سداد ومصلحة، وأمضاها الأوصياء في حق المحاجير الموجودين، وقاضي الوقت في حق الغائبين، لم يبق في ذلك كلام لأحد الفريقين، بل يجب تسليمها بلا شك ولا رَيب، سيما وقد وقع البيع والتفويت في بعض الأماكن التي وقعت فيها المخارجة.

(16) أنظر العبارة في الهامش 13 مكرر، وهي في باب القسمة من المختصر، كما هو مستفاد من نص العبارة نفسها.

هذا وأما استحقاق جزء من واجب الأرحى التي هي من جملة الثلث الخ، فإن ثبت كما يجب وكان الجزء المستحق أقل من ثلث الواجب المذكور فالرجوع فيه بقيمته فقط، ولا تُفسخ التولية، وإلا فُسِخت ووقع الرجوع عليه بجميع الثمن الذي وقعت به التولية؛ **قال الشيخ التاودي في شرح التحفة ما نصه: قال الزرقاني:** الربُّع المتخذ للغلة كالقابل للقسمة، فلا يُخَيَّر فيه إلا في استحقاق الكثير، قال: الكثيرُ في المثلي والدار الواحدة الثلثُ، وفيما تعدَّد من الدور ما زاد على النصف، كالحيوان والعروض، والنصف في الأرض كثير، ومثله في الأجهوري ونظمه(هـ)، ونصٌّ النظم المذكور.

ثم الكثير الثلث في المثل، وفي .·. مُقَوَّمٍ ما فات نصفا فاعرف

وفي شرح التحفة للشيخ ميارة نقلا عن ابن رشد ما نصه:

وأما دار الغلة فلا ترد إلا باستحقاق الثلث(هـ)، وفي هذا كفاية، والله أعلم، قاله وقيده المهدي لطف الله به.

وأجبت عن شريك طلب من شريكه القسمة في بلدة بينهما، - فأجابه بأن نصيبه مرتهن عند فلان لمدة من خمسة أعوام، ولا سبيل لوقوع القسمة فيه الآن، وحين تنقضي المدة المذكورة النظر للشرع الخ - **بما نصه:**

الحمد لله، ما اعتذر به المدعى عليه أعلاه -من كون نصيبه مرهونا الخ - غيرُ مقبول شرعا، لأن قسمته أي الراهن مع الشريك لا تُبطل الرهن ولا توهنه، بل ولا ضرر فيها على المرتهن أيضا. وقد نص في المختصر على أن شريك الراهن إذا طلب قسمة الرهن يجاب إليها فقال: « وله أن يقسم»[17].

(17) وذلك في أول باب الرهن، والعبارةُ بتمامها توضحه أكثر وهي قوله: « وصحَّ مشاعٌ، وحيز بجميعه إن بقي فيه للراهن، ولا يستأذن شريكه، وله أن يقسم ويبيع ويسلم. .الخ.
أي صحَّ رهن جزء مشاع في كله كنصف، وقُبض من الراهن الجزء المشاع بحوز الكل الذي رُهن جزؤه إن كان باقيه الذي لم يُرهن للراهن، ولا يُشترط استئذان الراهن شريكه في رهنه، لتصرف الشريك مع المرتهن، وعدم تعلق الرهن بحصته، وللشريك الذي لم يرهن نصيبه أن يقسم المشترك الذي يقبلها، أي القسمة، بحضرة شريكه الراهن، والرهنُ في حوز مرتهنه.. الخ.

ومثله في ابن الحاجب، قال في التوضيح: وله - أي الشريك الذي لم يرهن - أن يقسم المشترك إذا كان مما يقبل القسمة، وله بيعُ منابه ويُسلمه للمشتري، ولا يمنعه رهن الشريك من ذلك، لأن الرهن لم يتعلق بحصته(هـ) .

وقال المواق في شرحه ما نصه: من المدونة: إن كان الرهن مما ينقسم من طعام ونحوه فرهن حصته منه جاز ذلك إذا حازه المرتهن، فإن شاء الشريك البيع قاسمه فيه الراهن، والرهن كما هو في يد المرتهن لا يخرجه من يده، فإن غاب الراهن أقام الإمام من يقسم له ثم تبقى حصة الراهن في الوجهين رهنا، ويطبع على كل ما لا يعرف بعنيه(هـ) . وهو نص في عين النازلة.

ص397

وعليه فيُجْبَرُ الراهن المذكور على قَسْمِ البلاد المذكورة مع الشريك، لقول المختصر: «وأُجْبِرَ لها كل إن انتفع كل»[18]، أي يُجْبر على القسمة كلُّ شريك من الشركاء في دار مثلا بشرط أن ينتفع كل واحد منهم بحصته، وما هنا كذلك، إذ لاشك في كون البلدة المذكورة تقسم على أربعة وينتفع كل واحد منهم بنصيبه منها، والله أعلم، قاله وقيده المهدي لطف الله به، انتهى.

الحمد لله، سئل أهل الوقت عن جَنان ثبت بأرباب البصر قَبولُه القسمة أنصافا وأرباعا، وينتفعُ كل بحصته من غير غبن، وكذلك أثلاثا، وبعضه مملوك، وبعضه حُبُسٌ، وأراد صاحب الملك القسمة مع الحبس، هل تصح القسمة بين الفريقين على الوجه المشهود به بأرباب البصر أم لا؟.

---

(18) وذلك في أثناء باب القسمة.

والمعنى: وإذا طلب بعض المشتركين قسمة القرعة وأباها غيرُه أجبر لها كل من المشتركين إن انتفع منهم كل بحصته التي تخرج له، سوا كان طالبا أو آبيا، ولذلك أعاد المصنف لفظ كل، إذ لو اكتفى بضميره لأوهم أن الشرط انتفاع الآبي لا الطالب، لوقوع لفظ كلٍّ الأول على الآبي فقط.

وفي المقدمات (لابن رشد الجد رحمه الله): الذي جرى به العمل عندنا أن الدار لا تُقسم حتى يصير لكل واحد من الشركاء من المساحة والبيوت ما ينتفع به ويستتر فيه عن صاحبه». (هـ).

فأجابوا: إن الجنان المذكور حيث كان قابلا للقسمة قُسم بين الفريقين قسمةَ بتّ، فصاحبُ الملك يفعل فيما صار إليه ما شاء من بيع وغيره، وصاحب الحبس ينتفع به على الوجه المحبس فيه، **كما صرح بذلك الشيخ ميارة في شرحه للعاصمية آخر الحبس، فقال -بعد كلام له في قسمة الحبس بين المحبَّس عليهم- ما نصه**: هذا كله فيما إذا كان حُبُسا كله، أما ما كان بعضه حُبُسا وبعضه مملوكا فإنه يجوز قسمة بت، وقد تقدم أن من حَبَّس جزءا شائعا ولم يرض شريكه شركة الحبس وكان يقبل القسمة فإنه يُقسم، وهو صريح في جواز قسمة ما بعضه مملوك وبعضه حُبُسٌ. (هـ) بلفظه، وهو مستفاد من التوضيح، وكتب عبد ربه تعالى محمد بن عبد الصادق السوسي، وفقه الله بمنه.

وتقيَّد عقبه: الحمد لله، الجواب أعلاه صحيح، وقسْمُ ما بعضُهُ حبس بين ذوي الأملاك والحُبس ليتميز حصَّته جائز كما ذكر أعلاه، وهو في الحطاب وغيره، والله أعلم، وكَتَبَ أسيرُ ذنبه فقير عفو ربه؛ محمد بن عبد السلام بناني لطف الله به.

وتحته، الحمد لله، الجواب أعلاه وتصحيحاهُ صحيح، ويُقسم بالقرعة، إذ هي الأصل، والله أعلم، وكتب عبد ربه يعيش بن الرغاي،وفقه الله بمنه. (هـ).

وتحته: الحمد لله، المقيَّدُ أعلاه صحيح حيث لا ضرر على الحبس في ذلك من غبن ونقص اغتلال، وكتبه محمد بن الحسن بن رحال لطف الله به.

وتحت ذلك: ما سُطِّر أعلاه صحيح، وفقهه جليٌّ صريح، والله أعلم، وكتبه أحمد الصبيحي(هـ).

وكتب الفقيه السيد محمد البكري بن السيد محمد الشاذلي الدلائي في المسألة ما نصه:

الحمد لله؛ الذي عند كاتبه أن قِسمة ما نصفُهُ حبسٌ ونصفُه غيرُ حبس لا تصحُّ، لما في القسمة من معنى البيع، وقد بحَث به ابن عرفة في

ص398 قسمة الجزء المشاع الذي يقبل القسمة إذا حبسه مالكه، وأجاب بأن هذا مع مُحبسه خاصة، للضرورة لا لغيره، **وكون القسمة بيعا هو قول ابن القاسم.**

وأيضا فإن القسمة تُصَيِّر مملوك مالكين فأكثر معينا، والملك للواقف، ولا ملك للذي يستغل الحبس، فبأي شيء يفسخ؟، **وهذا السر في كون المحبَّس عليه لا يشفع، لأنه لا أصل له كما علل به اللخمي وغيره**، ومُلاّك الأصل قد رضي من كان قبلهم، بمشاركة الحبس ودخل على ضرره وباع، فالمالك منهم لا يكون له ما أسقطه الذي قبله، بمنزلة من أُحدث عليه ضرر ورضي به وباع، فالذي اشترى منه لا قيام له بذلك الضرر الذي أحدثه الآخر، وهذا نص ابن عاصم

ولا تُبَتُّ قسمةٌ في حبُس .·. وطالبٌ قسمة نفْع لم يُس[19]

ومسألة قسم الجزء المشاع حين التحبيس وجهها ظاهر، لأن المحبِّس موجود، والملك له، وقياس غيرها عليها مع وجود الفارق لا يصح، والسلام(هـ)

قلت : بل تصح القسمة لرفع الضرر، وما ذكر من أنها بيع، خلافُ المشهور الذي هو قول المختصر: «إنها تمييزُ حقّ»[20]، **وقد أشار لهذا سيدي يعيش في جوابه، تأملْه.**

والحاصل أنه بنى كلامه على أنها بيع وهو خلاف المشهور، أنها تمييزُ حق، والله أعلم.

(19) آخر بيت في أحكام الحبس في باب التبرعات عن منظومة التحفة.
ومعنى يُس، فعل مضارع، بمعنى يسيء، خففت همزته وحذفت لضرورة النظم. كما حذفت ياؤه لالتقاء الساكنين.

(20) وذلك في أول باب القسمة، وبيان أنواعها، كما سبقت الإشارة إلى ذلك في الهامش 1 من نوازل هذا الباب، والله المعين والموفق والهادي للحق والصواب، وإلى صراطه المستقيم.

إنتهى الجزء السابع بعون الله،

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم، تسليما،

يليه الجزء الثامن، أوله نوازل القراض .(هـ) .

الحمد لله اللهم صل وسلم
وبارك على سيدنا [illegible]
محمد وآله وصحبه [illegible]
لله تعالى على [illegible]
محمد عليه الصلاة [illegible]
اللهم الله تعالى عن [illegible]
ورضوانه [illegible]
[illegible] الله [illegible]
المسلمين [illegible]

الجزء السابع من النوازل الجديدة
الكبرى فيما لأهل فاس وغيرهم
من البدو والقرى المسماة
بالمعيار الجديد الجامع المعرب
عن فتاوي المتأخرين من علماء المغرب
تأليف الفقيه المدرس الوزاني
المفتي بفاس سيدي المهدي بن محمد
الحسني العمراني أكمل
الله بقاءه في عافية
وأدام حفظه بجاه
كلامه
دائما

بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم

نوازل الإقرار

سئل القاضي أبو سالم الجلالي عن رجل أشهد في حال صحته وجواز أمره
كلا يقال أن جميع ما اشتراه أو يشتري به من الأملاك فهو لولده فلان الخامر بعد لأن مالا
كثيرا ثبت في ذمة هذا الرجل لابنه المذكور كما يجب فلما توفي هذا الأب نازعت الولد
أخته وزعمت أن جعل الوالد المذكور توليج وزعم الأخ أن جعل الوالد صحيح لكون
الإشهاد كان في صحته وجواز أمره وثبوت ماله في ذمته فهل تدخل البنت شريكة
مع أخيها في الأملاك المشتراة أم لا. فأجاب حيث ثبت المال في ذمة الأب
وتقرر بوجه معروف فيختص الابن المذكور بمشترى الأب ولا مقال للأخت ولا غيرها في ذلك
والسلام. وأجاب ابن عرضون أما فيقع هذا الرجل لولده فلم أر فيه ما يوجب
نقضا للأخت ولا لغيرها بل هو الحق للولد والسلام. وسئلت عن رجل مات
فاستظهر للأيتام وراء وليه لاشتغال بأنه أقر في حياته أن الدار الدار العلانية
والعرصة المتصلة بها لهم اشتراها لهم من مال والدتهم الخ وأقاموا شهادة لا
يعرفون أن الرجل المذكور كان ينتصب في جميع أمور الدار الأيتام ويدخل غلاتها في مصالح
نفسه وإنما كانت من الغنيات صاحبات الثروة والأموال الكثيرة الخ. فأجبت
الحمد لله إقرار الرجل المذكور بما ذكر حيث كان على الوجه المذكور فهو جائز بلا خلاف
لأن الإقرار في الصحة إن علم سببه كما هنا فهو ماض اتفاقا وإن لم يعلم سببه فقولان المشهور
منهما الصحة أيضا وهو مذهب المدونة قال الزرقاني على قول المختصر ومن يقرأ
[illegible] ولده ما نصه مفهوم قوله في مرضه أن إقراره في الصحة صحيح بلا شرط وهو الموافق
لما [illegible] قوله ولم يتهم إنما يعتبر عدم الاتهام في المريض والصحيح المحجور عليه أي المعتمد
ولقول ابن عبد البر في الكافي وكل من أقر لوارث أو لغير وارث في صحته بشيء من المال

م بماله

م كله

الامام من يقسم له ثم تبقى حصة الراهن في الرجيبين رهنا ويطبع على كل ما به
يعرف بعينه ه وهو نص في عين النازلة وعليه فيجبر الراهن المذكور على قسم
البلاد المذكورة مع الشريك لقول المختصر واجبر لها كل ان انتفع كل في تجبر
على القسمة كل شريك من الشركاء في دار مثلا بشرط ان ينتفع كل واحد منهم بحصته
وما هنا كذلك اذ لا شك في كون البلاد المذكورة تقسم على اربعة وينتفع كل
واحد منهم بنصيبه منها والله اعلم قاله وقيده المهدي لطف الله به انتهى
الحمد لله سيل اهل الوقت عن جنان لبنت بارباب البصر فقوله القسمة
انصافا وارباعا وينتفع كل بحصته من غير غبن وكذلك اثلاثا وبعضه ملك
وبعضه حبس واراد صاحب الملك القسمة مع المحبس هل تصح القسمة بين
العمين على الوجه المشهود به بارباب البصر ام لا اجابوا ان
الجنان المذكور حيث كان قابلا للقسمة قسم بين العمين بقيمة قسمة بت وصاحب
الملك يفعل فيما صار اليه ما شاء من بيع وغيره وصاحب الحبس ينتفع به على
الوجه المحبس فيه كما صرح بذلك الشيخ ميارة في شرحه للعاصمية في اخر
الحبس فقال بعد كلام له في قسمة الحبس بين المحبس عليهم ما نصه هذا
كله فيما اذا كان حبسا كله اما ما كان بعضه حبسا وبعضه ملكا فانه يجوز
قسمة بت وقد تقدم ذلك من حبس جزءا اشاعا ولم يرض شريكه شركة الحبس وكان
يقبل القسمة فانه يقسم وهو صريح في جواز قسمة ما بعضه ملك وبعضه حبس
ه بلفظه وهو مستفاد من التوضيح وكتب عبد ربه تعالى محمد بن عبد
الصادق السوسي وفقه الله بمنه ويليه عقبه الحمد لله الجواب اعلاه
صحيح وقسم ما بعضه حبس بين ذي الاملاك والحبس ليتميز حقه جائز كما ذكر اعلاه
وهو في الحطاب وغيره والله اعلم وكتب اسير ذنبه بفقير عبد ربه محمد بن عبد السلام
بناني لطف الله به ويليه الحمد لله الجواب اعلاه وتصحيحاه صحيح ويقسم
بالقرعة اذ هي الاصل والله اعلم وكتب عبد ربه يعيش بن الرغاي وفقه الله
بمنه ه ويليه الحمد لله المقيد اعلاه صحيح حيث لا ضرر على المحبس في ذلك
من غبن ونقص في الغلة وكتبه محمد بن الحسن بن رحال لطف الله به ويليه
ذلك ما سطر اعلاه صحيح ووجهه جلي من يرى والله اعلم وكتبه احمد الصبيحي

وكتب الفقيه السيد محمد البكري بن السيد محمد الشاذلي الدلائي في المسألة ما نصه
الحمد لله الذي عندكم أنه أن قسمة ما نصفه حبس ونصفه غير حبس لا تصح لما في القسمة
من معنى البيع وقد بحث به أبو عمران في قسمة الجزء المشاع الذي يقبل القسمة إذا حبسه
مالكه وأجاب بأن هذا مع أنه حبسه خاصة للضرورة لا لغيرها وكون القسمة بيعا
هو قول ابن القاسم وأيضا فإن القسمة تصير المحول مالكين فأكثر معينا والملك
للواقف ولا ملك للذي يستغل الحبس فبأي شيء يقسمه وهذا السر في كون المحبس
عليه لا يشفع لأنه لا أصل له كما علل به اللخمي وغيره وولد الأعلى قد رفع من
كان قبلهم بمشاركة الحبس ودخل على ضرر وبلغ فإنما لكل منهم لا يكون له ما
استحقه الذي قبله بمنزلة من أحدث عليه ضرر ورضي به وبلغ فالذي اشترى منه لا قيام
له بزوال الضرر الذي أحدثه الأخ وهذا نص ابن عاصم

ولا تثبت قسمة في حبس ∴ وطالب قسمة نفع لم يدس

ومسألة قسم الجزء المشاع حين التحبيس وجهها ظاهر لأن المحبس موجود والملك له
وقياس غيرها عليها مع وجود الفارق لا يصح والسلام ه قلت بل تمنع القسمة
ترفع الضرر وما ذكر من أنها بيع خلاف المشهور الذي هو قول المختصر إنها تمييز
حق وقد أشار لهذا سيدي يعيش في جوابه فتأمله والحاصل أنه بنى كلامه على أنها
بيع وهو خلاف المشهور إنما تمييز حق والله أعلم

انتهى الجزء السابع بعون الله
وصلى الله على سيدنا محمد وآله
وصحبه وسلم تسليما يليه
الجزء الثامن أوله
نوازل الفراق
ه

الفهرس العام

لأبواب هذا الجزء السابع

من النوازل الكبرى

الباب : صفحة

يتلوه في الصفحة الموالية

الفهرس التفصيلي لنوازل ومسائل كل باب



الحـمـد للـه.

هذه فهرسة الجزء السابع من المعيار الجديد، أوله :

أرقام صفحات النسخة الأصلية الخطية

نـوازل الإقـرار

ص1

الصفحة

نوازل الوديعة والعارية

ص9

القول قوله، وإلا حلف صاحب الوديعة على ما يشبه أنه يملكه ويأخذه بذلك 130

- من قال دفنت الوديعة فضَلَّ عني موضعُها فهو ضامن لها، إلا أن يقول: دفنتها في بيتي وحيث يجوز فطلبتها في ذلك الموضع بعينه فلم أجدها، فلا يضمن 131

- قول المختصَر: «وليس له أي المودَع الأخذ منها) أي الوديعة لمن ظلمه بمثلها الخ، ضعيفٌ،والمذهب أن له ذلك إذا كان الحق غير عقوبة وأمن فتنة ورذيلة كما في مسألة الظفر، المذكورة في الشهادات، وأما خبر: «أدِّ الأمانة لمن ائتمنك ولا تخن من خانك» أي لا تأخذ أزيد من حقك فتكون خائنا 132

- من استعارت من نساء حوائج من حوائج النساء، ثم أعارت ذلك لامرأة أخرى بغير إذن المالكات لما ذكر، فدفعت هذه ذلك لبنت لها بقصد التزين في وليمة كانت بدارها، فادعت البنت أن ذلك سُرق لها ليلا فلا ضمان على المرأة الأولى حيث لا تحجير عليها لا بالصراحة ولا بالقرينة، ولا غرم على الثانية بحال 133

ص14

- من استعارت حليا فضاع عندها فقالت: استأجرته، وقالت صاحبته: أعرتك ولم أُكْرِه منك، فإن كانت صاحبته ممن تُكري فالقول قول التي ضاع عندها، ولا ضمان عليها، وإن كانت ممن لا تكري فالقول قولها 134

- من استعار فخارا ليخزن فيه وبقي عنده سنة ثم أعاره ربه لثان وحازه، ومات ربه فطلبه وارثه فوجده مكسورا، فادعى المستعيرُ الثاني أنه حازه كذلك، وادعى الأول أنه دفعه إليه سالما، ولا بينة لأحدهما، فليس على الأول إلا اليمين ويبرأ، وشأن ورثة المعير مع المعار له ثانيا 134

- إذا أعار رَبُّ الأرض لمن بنى فيها وسكن مدة تزيد على 20 سنة، ثم خرج وطلب زينته، فرَبُّ الأرض مخيَّر بين أن يعطى قيمة الزينة مطروحة أو يأمره بقلعها 134

- من أعطى بغلا لغيره يحمل عليه كذا، فإن حمل عليه حمله المعتاد وعطب فمصيبته من ربه، وإن حمل عليه أكثر من المعتاد فمصيبته ممن حمل عليه. 135

- من له حمارة مشتركة مع غيره فأعطاها لرجل يأتي عليها بزرع بينهما فأكلها السبع، فإن وقع التفريط من الذي حمل عليها وجب عليه غُرمها 135

- من لهم دار طلبها لهم بعض العُمَّال على وجه العارية، فأذنوا له في سكناها وأصلحها، ولاكن قهر رعيته على إصلاحها فأصلحوها له، ثم وقع بينه وبين

(*) كذا في الأصل، ولعله: إحفظي.

ص16

نوازل نفي الضرر

نوازل الغصب والتعدي

ص23

نوازل الاستحقاق

ص28

نوازل الشفعة ص34

نوازل القسمة

تمت فهرسة الجزء السابع من المعيار الجديد.
ويليه الجزء الثامن،
أوله نوازل القراض

تصفيف لينو النخلة

رقم الإيداع القانوني : 1499 / 1997
ردمك : 6 ـ 28 ـ 826 ـ 9981

مطبعة فضالة
المحمدية ـ المغرب
زنقة ابن زيدون ص.ب 57
الهاتف: 32.46.45 (03) الفاكس: 32.46.43 (03)